

UNIVERSITÉ DE PARIS -:- FACULTÉ DE DROIT

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Faite par un Tiers

au Profit des Futurs Époux

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 1^{er} Juin 1933, à 14 heures

P A R

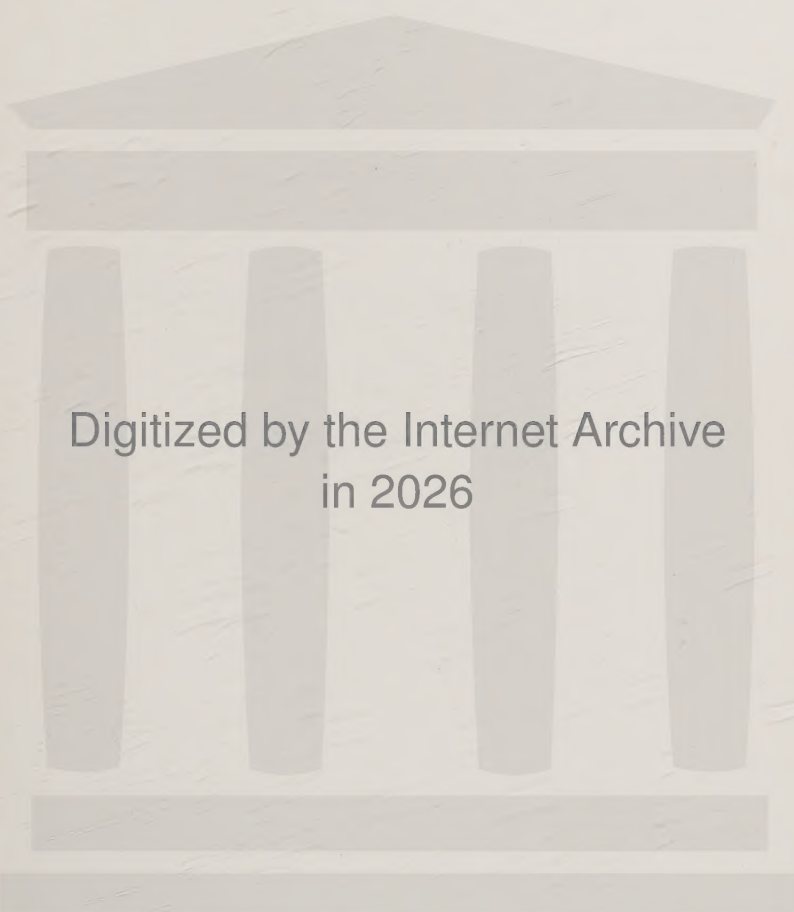
LOUIS-FRANÇOIS DEGUELDRE

JURY :

Président : M. Maurice PICARD, Professeur
Suffragants } M. CAPITANT, Professeur
 } M. DEMOGUE, Professeur

IMPRIMERIE M. PAULMIER
125, RUE DE CRIMÉE, PARIS (19^e)

1933



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553018_0103

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Faite par un Tiers

au Profit des Futurs Époux

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS -:- FACULTÉ DE DROIT

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Faite par un Tiers

au Profit des Futurs Époux

.....

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 1^{er} Juin 1933, à 14 heures

P A R

LOUIS-FRANÇOIS DEGUELDRE

JURY :

Président : M. Maurice PICARD, Professeur

Suffragants } M. CAPITANT, Professeur
 } M. DEMOGUE, Professeur

IMPRIMERIE M. PAULMIER
125, RUE DE CRIMÉE, PARIS (19^e)

1933



INTRODUCTION

La loi accorde aux propriétaires de biens, la possibilité de les aliéner au moyen de multiples actes qui leur en font acquérir d'autres. Elle leur permet aussi de les aliéner à titre gratuit, c'est-à-dire sans contre-prestation; mais, alors qu'elle a énuméré et réglementé une importante quantité de façons de disposer à titre onéreux, auxquelles l'imagination des parties en a ajouté d'autres, qui sont valables tant qu'elles ne contreviennent pas à l'article 6 du Code Civil, celui-ci, dans son article 893 a singulièrement limité les voies de disposition à titre gratuit.

« On ne pourra, dit-il, disposer de ses biens, à titre gratuit, « que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes « ci-après établies. »

Voyons rapidement ces deux modes de disposer. Le Code lui-même nous en fournit la meilleure définition.

ARTICLE 895. — Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, **pour le temps où il n'existera plus**, de tout ou partie de ses biens, **et qu'il peut révoquer**.

ARTICLE 894. — La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille **actuellement et irrévocablement** de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.

D'un côté, le **testateur** dispose « pour le temps où il n'existera plus ». Entre le moment où il fait son testament et le moment où il meurt, rien n'est changé dans son patrimoine par l'effet de ce testament. Il reste le maître des biens dont il a réglé l'attribution pour après sa mort; il peut en jouir, en disposer de la manière la plus absolue. Le bénéficiaire de sa

« disposition » : le légataire, n'a aucun droit sur les biens qui lui reviendront plus tard. D'abord, il arrive très souvent qu'il ignore, sinon l'existence de la libéralité qui lui a été faite, tout au moins son contenu exact. D'autre part, nous avons vu que le testateur peut révoquer son acte. Ce droit de révocation, il le conserve tant qu'il est capable de tester, sans aucune autre considération¹; et il peut l'exercer ou explicitement en supprimant son testament, en le modifiant, ou implicitement en disposant d'une autre façon des biens qui en avaient fait l'objet, soit qu'il les aliène à titre onéreux, soit qu'il les donne entre vifs ou par un testament postérieur.

De l'autre côté, le **donateur** se dépouille actuellement et irrévocablement des biens donnés. Il n'en est plus le maître. Il a vraiment disposé. La propriété des biens est passée au donataire dès l'instant où la donation est devenue parfaite. Son transfert n'est pas — encore que celui de la possession puisse l'être — ajourné à une époque plus ou moins lointaine, au décès du donateur par exemple, et les biens qui font l'objet de la donation ne peuvent pas ne pas être attribués au donataire, y eût-il revirement de volonté du donateur et disposition ultérieure de sa part. La donation entre vifs est **actuelle**; la donation entre vifs est **irrévocable**.

L'examen purement logique, abstraction faite de considérations juridiques, de ce très bref parallèle entre les deux sortes de dispositions à titre gratuit, l'une actuelle et irrévocable, l'autre révocable et ne devant avoir d'effets qu'à une époque indéterminée au moment où elle est faite, montre qu'il y a place entre elles deux pour deux autres institutions qui emprunteraient respectivement à chacune des deux précédentes l'une de leurs deux caractéristiques fondamentales. Ou bien (nous parlons toujours logique), la disposition intermédiaire serait **actuelle** comme la donation et **révocable** comme le testament. Ou bien encore, elle ne serait **pas actuelle**, mais elle serait **irrévocable**.

1. Et s'il n'est plus capable de tester lorsqu'il décède, son testament est révoqué *ipso facto*.

Notre Code Civil ne connaît pas la première de ces dispositions intermédiaires, mais il a prévu la deuxième et il y consacre les neuf articles du Chapitre VIII du Titre II du Livre III : les articles 1082 à 1090 inclus.

ARTICLE 1082 (1^{er} alinéa). — « Les pères et mères, les autres
« ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les
« étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout
« ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès,
« tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître
« de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à
« l'époux donataire. »

ARTICLE 1083. — « La donation, dans la forme portée au
« précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que
« le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets
« compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques,
« à titre de récompense ou autrement. »

Donc, les individus visés par l'article 1082 pourront « disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès » : la libéralité n'est pas actuelle en ce sens qu'elle n'aura d'effet qu'à la mort du disposant, et elle s'apparente ainsi au testament en se différenciant de la donation entre vifs. D'autre part, elle est irrévocable, ce qui l'apparente à la donation entre vifs et la distingue du testament.

Disons de suite que ce mode de disposer s'appelle dans le langage doctrinal et judiciaire, « L'INSTITUTION CONTRACTUELLE ».

Singulière fortune que celle de cette institution. Le vocable sous lequel on la désigne ne figure nulle part dans nos textes en vigueur. Cadeau du passé, introduit sans changement notable dans notre législation par les rédacteurs du Code, ceux-ci ont craint, semble-t-il, de laisser à cette fille de l'Ancien Régime son nom patronymique. Ont-ils eu peur qu'en rappelant ses origines il ne fût un éloge muet de ce régime aboli dont ils eussent voulu faire perdre jusqu'au souvenir ? Appréhension bien puérile en tout cas puisqu'ils adoptaient l'institution sans presque la dénaturer ; aussi ne faut-il pas s'étonner que doctrine

et jurisprudence lui aient immédiatement restitué son état civil.

Elle a suscité, d'autre part, des discussions passionnées quant à son origine première, mais il n'entre point dans nos vues de les rappeler. Il semble bien — nous ne nous permettons que ce langage dubitatif puisque nous n'apportons rien à l'appui d'une affirmation — il semble bien qu'elle soit de source franque, qu'elle dérive de l'affatomie et qu'elle n'ait pas été connue du monde romain.

Quoi qu'il en soit, sous l'Ancien Droit, les institutions contractuelles étaient reçues dans tout le royaume¹, et quelle que fût la qualité des instituants et institués; cependant il est possible que dans le début, et dans le ressort de certains Parlements tout au moins, les nobles seuls aient eu le droit de s'en servir. C'est ainsi que BOUCHEUL dit en son *Traité des Conventions de succéder*, page 7 du chapitre premier :

« La règle est en effet générale, et le droit commun du
« Royaume, comme un ancien usage d'iceluy, que toutes dona-
« tions universelles ou particulières des biens présents ou à
« venir, conventions, avantages, institutions d'héritier, substi-
« tutions, convenances de succéder au profit des mariez, l'un
« d'eux ou leurs descendants sont valables, en quelque forme
« et sous quels termes qu'elles soient conçues, non seulement
« dans les pays coutumiers, quoique la coutume n'en parle
« pas, et que même en général l'institution d'héritier n'y soit
« pas reçue; mais aussi dans les Pays de Droit écrit... »

UTILITE DES INSTITUTIONS CONTRACTUELLES. — La possibilité de faire une institution contractuelle incite à donner par cette voie et par là même, à favoriser les unions légitimes. Nous aurons plusieurs fois l'occasion, au cours des développements qui vont suivre, de dire que l'institution contractuelle a été admise, dans l'Ancien Droit, et conservée, de nos jours, par faveur de mariage.

1. MAYNARD : Livre V, chap. xc; tome I, pages 820 et 821. — AUROUX DES POMMIERS : Sur l'art. 219 de *la Coutume du Bourbonnais*. — DUMOULIN : Sur l'art. 26 du chap. xiv de *la Coutume d'Auvergne*, p. 95.

Il est très compréhensible qu'une personne quelconque, même si elle nourrit vis-à-vis des jeunes gens qui désirent s'unir, des sentiments très vifs d'affection, ne veuille point cependant se sacrifier, totalement ou partiellement, à leur bénéfice.

Donner entre vifs, d'une façon actuelle et irrévocable, c'est se séparer de ses biens, ou tout au moins ne pouvoir s'en servir que d'une façon très limitée, à supposer qu'il y ait eu réserve d'usufruit. Or, l'avenir est incertain et les biens dont le donateur s'est départi peuvent lui manquer plus tard. Pour avoir aidé des jeunes gens à s'établir, leur bienfaiteur peut se trouver très gêné lui-même ultérieurement et n'être pas sûr de l'efficacité d'un appel éventuel à leur gratitude. Il peut aussi, au moment du mariage, n'être pas riche, n'être pas à même d'amputer son patrimoine, déjà maigre, de quelque parcelle intéressante pour ceux qu'il voudrait gratifier.

Dans les deux cas, si le bienfaiteur éventuel n'a d'autre alternative que de donner d'une façon irrémédiable ou de ne pas donner, il est vraisemblable qu'il s'en tiendra presque toujours à cette dernière, soit par crainte de l'avenir, soit par impossibilité de faire autrement.

Si, au contraire, le donateur ne se dépouille pas; s'il conserve non seulement la possession de ses biens, mais encore leur propriété, avec la faculté de les vendre en cas de besoin; si, en un mot, sa libéralité est, pour ainsi dire, ajournée à une époque où il n'en ressentira pas les effets dans ce qu'ils peuvent avoir de désagréable, il sera beaucoup plus enclin à donner, non pas ses biens présents, mais son hérité.

D'autre part, les jeunes gens qui envisagent de s'unir et qui ont, eux aussi, peur de l'avenir, des charges supplémentaires inhérentes à leur nouvel état, ne seront-ils pas encouragés à mettre leur dessein à exécution lorsqu'ils seront sûrs de recueillir tout ou partie de la succession de l'instituant?

Or, tels sont, en gros, les effets de l'institution contractuelle. Dès lors, il n'est pas exagéré d'affirmer que cette institution, si elle ne les provoque pas, facilite tout au moins des unions qui, sans elle, ne se seraient point faites.

On peut objecter, cependant, que le bénéfice de l'institué est bien précaire et que lorsque celui-ci est pauvre au moment de son mariage, l'institution ne le lui facilitera guère puisqu'il ne recueille rien actuellement. On peut dire aussi que, bien souvent, ce qu'on lui promet par institution contractuelle lui fût revenu par l'effet de la loi, étant donné qu'il est héritier de l'instituant.

A ce dernier argument, nous répondrons que rien ne permet au futur époux de compter sur cette succession *ab intestat*, à laquelle on prétend qu'il serait appelé. La portion des biens du donateur à laquelle l'institué est appelé, ne peut être prise que sur ce que l'on appelle la quotité disponible. Elle revient bien à l'héritier *ab intestat*, mais s'il y a un testament ou toute autre disposition qui l'en prive, il ne peut élever aucune objection. Grâce à l'institution, il est absolument sûr de recueillir cette portion de biens, sans crainte qu'aucune disposition à titre gratuit ne vienne la lui enlever pour le tout ou pour partie.

Quant à l'argument qui se fonde sur la non-actualité de la gratification, nous y répondrons qu'il vaut quand même mieux avoir droit à une succession qu'à rien du tout, ce qui adviendrait vraisemblablement à l'institué s'il ne pouvait être que donataire pur et simple.

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Nature et définition.

Il conviendrait peut-être que nous commencions l'étude de l'Institution contractuelle en en donnant la définition. Nous n'en ferons rien cependant : nous estimons, en effet, qu'il vaut mieux que cette définition se dégage d'elle-même de nos recherches sur la nature juridique de l'institution, de façon qu'elle les résume en quelques mots.

ANCIEN DROIT. — Déjà, sous l'Ancien Droit, les auteurs n'étaient pas d'accord sur la nature de l'institution contractuelle.

Certains, comme DE LAURIÈRE¹ et RICARD y voyaient une donation à cause de mort. D'autres, particulièrement dans les pays de droit écrit où l'irrévocabilité allait jusqu'à empêcher les dispositions à titre onéreux, l'assimilaient complètement à une donation entre vifs. Enfin, une troisième catégorie ne trouvait dans l'institution qu'un genre mixte de disposition, tenant à la fois de l'une et de l'autre des deux précédentes.

Ainsi, BOUCHEUL opine pour le caractère de donation entre vifs, à cause de l'irrévocabilité.

LEBRUN² prend très nettement le même parti. Il range l'institution contractuelle dans les donations entre vifs « non

1. Chap. II, n° 7, p. 53; chap. IV, n° 11, p. 143; tome I^{er}.

2. LEBRUN : n° 7, p. 15.

« seulement parce qu'elles ne peuvent être faites que dans les « contrats de mariage, mais principalement à cause qu'elles « sont irrévocables » et aussi parce que « c'est une maxime, « qu'un acte qui participe de deux diverses natures, doit être « réputé de celle dont il tient le plus ». Il concède d'ailleurs qu'en beaucoup d'endroits on considère les institutions contractuelles comme des donations à cause de mort.

POTHIER se range au même avis à cause de l'irrévocabilité et parce que l'institution fait partie des conditions d'un contrat de mariage.

COQUILLE, lui, dit que de soi elles sont purement à cause de mort mais qu'en faveur de mariage elles perdent leur qualité d'être révocables et qu'elles saisissent; cependant, il ne tranche pas la question : il se borne à constater, ce qui ne résoud rien, qu'elles participent et de la donation entre vifs, et de la donation à cause de mort.

AUROY DES POMMIERS aussi les cite comme des dispositions mixtes, qui participent aux avantages des donations entre vifs et à ceux des donations à cause de mort.

FURGOLÉ (page 101) y voit une disposition amphibie, un contrat *sui generis*, qui a ses règles particulières.

DOMAT (page 344) se borne comme les précédents à constater le caractère mixte de l'institution : « ...Et leurs règles étant « par conséquent mêlées de ces deux natures, on doit distinguer en chaque difficulté lesquelles de ces deux sortes de « règles on doit y appliquer. »

DROIT ACTUEL. — Certes, s'il ne s'agissait que d'une discussion philosophique, nous n'hésiterions guère à souscrire à ces derniers points de vue. Il est évident que l'institution contractuelle, n'étant ni testament ni donation entre vifs à proprement parler, est autre chose. Mais nous sommes dans le domaine du Droit et il faut que nous prenions position, car les neuf articles que nous allons étudier sont loin d'avoir réglementé complètement notre institution, d'avoir prévu toutes les difficultés qu'elle peut soulever. Pour les résoudre il faudra par conséquent que nous fassions appel au droit commun.

Autrement dit, il faut que nous fassions entrer cette institution — ce mot pris dans le sens *in genere* — dans le cadre de celles qu'a prévues et réglementées la loi. Notre choix, s'il n'est pas facile, est bien limité par les termes de l'article 893 : il n'y a que deux manières de disposer à titre gratuit : par testament ou par donation entre vifs.

Parallèle avec la donation à cause de mort. — Nous pouvons donc déjà, sans hésitation, nous refuser à suivre les anciens auteurs, qui voyaient dans l'institution contractuelle une donation à cause de mort. Ce n'est point qu'elles n'aient pas d'analogies. Au contraire : n'était l'irrévocabilité de l'institution contractuelle qui la différencie d'une façon péremptoire d'avec la donation à cause de mort, il y aurait beaucoup d'arguments pour les faire entrer toutes deux dans la même famille. Mais nous ne discuterons pas : la donation à cause de mort a disparu de notre droit. Elle n'a point revécu sous la forme de notre institution.

Parallèle avec le testament. — Reprenons, avant de nous décider, le parallèle que nous avons rapidement établi entre le testament et notre institution.

L'Institution contractuelle et le testament ont deux points de contact très étroits : leur objet d'une part, et, d'un autre côté, le point de départ de leur exécution. Tous deux disposent pour un avenir qui commence au même moment : celui où le disposant passera de vie à trépas. Et l'objet de la disposition est, dans les deux cas, sous réserve des précisions qui suivront, identiquement le même : ce sont tous les biens, ou partie des biens qui composeront le patrimoine du disposant au moment de son décès. C'est tout ou partie de sa succession. C'est pour cela que nos anciens auteurs avaient appelé notre contrat : « convenue de succéder » ; l'instituant avait fait un héritier mais il l'avait fait par contrat avec celui-ci ; autrement dit, il l'avait institué contractuellement. C'est pourquoi encore, certains auteurs ont cru pouvoir donner de notre institution la définition suivante : « C'est un testament irrévocable ».

A tort croyons-nous, car c'est justement la juxtaposition de ces deux mots qui nous fait rejeter l'institution contractuelle du cadre des testaments. Du fait qu'elle est irrévocable, ce ne peut être un testament. Ces deux termes sont inconciliables. Le testament est, par essence, un acte provisoire. Il représente ce que son auteur présume devoir être ses dernières volontés. Ce sont bien ses dernières volontés s'il meurt sitôt après avoir testé, mais s'il vit encore un temps plus ou moins long, elles ne subsistent que s'il ne change pas d'avis. Bien que parfait au seul point de vue juridique, nous dirons que le testament est un perpétuel projet de testament, car il peut être remis sur chantier, être modifié à tout moment. Le testateur peut le supprimer purement et simplement, le détruire d'une façon matérielle. Il peut, tout en le maintenant matériellement, l'anéantir en quelques mots : il lui suffit de substituer d'autres légataires aux premiers; il peut enfin diminuer ou augmenter leur émolument dans sa succession. Bref, le testateur est maître de l'acte. Ce qu'il a fait, il lui est loisible de le défaire; il suffit qu'il le veuille et qu'il exprime sa volonté d'une façon certaine, sans d'ailleurs qu'elle soit soumise à aucune forme. Cette volonté sera, par exemple, suffisamment déterminée par le fait qu'il aura disposé autrement, en des actes postérieurs, des biens qu'il avait pensé attribuer définitivement par son testament. S'il a vendu; s'il a donné entre vifs ou par un testament subséquent, les biens faisant l'objet du premier; en un mot s'il en a disposé à titre onéreux ou à titre gratuit, il a annulé, par cela même, implicitement mais radicalement, sa première disposition.

Il en va tout autrement pour l'instituant. Sa disposition est irrévocable. Dès qu'elle est parfaite, il ne peut plus l'anéantir juridiquement; le concours de volonté de l'institué ne saurait même l'habiliter à revenir sur ce qui a été convenu. Nous verrons que, matériellement, il peut apporter de sérieuses modifications sinon à l'objet, tout au moins à l'étendue de l'objet de l'institution, mais il n'en reste pas moins vrai que le contrat est intangible; il ne peut être révoqué, pas plus consensuellement qu'unilatéralement.

Une autre différence capitale entre l'institution contractuelle et le testament, c'est que celui-ci est un acte unilatéral; il n'est même valable que s'il est unilatéral; il serait annulé s'il avait été fait en conclusion d'un arrangement avec les légataires. L'Institution contractuelle requiert, elle, outre des formes solennelles, un concours de volontés. Elle fait exception à la prohibition traditionnelle de notre droit des pactes sur succession future.

Pour ces deux raisons principales : parce que l'institution contractuelle est irrévocable, parce qu'elle est un contrat, elle ne peut pas être, elle n'est pas un testament.

L'Institution est une donation entre vifs. — Elle ne peut donc être qu'une donation entre vifs. C'est la conclusion de la majorité, sinon de l'unanimité des auteurs modernes et contemporains. Seul, croyons-nous, MERLIN n'a pas pris position.

Il ne faut naturellement point s'attendre à trouver, sur un point de pure doctrine comme celui-ci, une jurisprudence spéciale abondante. Mais, de l'ensemble des décisions judiciaires où il est question de notre sujet, on peut déduire ou relever l'opinion des juges sur la nature de l'institution contractuelle, car c'est de cette nature que dérivent presque toutes les conséquences, presque toutes les solutions des points litigieux qu'ont eu à connaître nos Cours et Tribunaux. Ainsi, nous relevons dans un arrêt de la Cour de Cassation¹ un attendu très explicite : « Considérant que les institutions « contractuelles ont toujours été considérées comme de véritables donations entre vifs... »

A vrai dire, il serait assez difficile que l'unanimité ne se fît point. Certes, si nous considérons seulement la nature des choses, si nous parlons logique comme nous avons dit, nous pouvons, avec M. ESCHBACH, reprocher aux rédacteurs du Code d'avoir tenté l'impossible en classant l'institution contractuelle

1. Civ. cass., 20 mai 1818; S. chr., tome V-1-480. — Voir aussi Agen, 25 avr. 1866; D. P. 67-2-48.

parmi les donations. Mais, comme nous l'avons déjà remarqué sous une autre forme, nous étudions les textes et ceux-ci ne laissent subsister aucun doute.

D'abord, nous sommes emprisonnés, quant au choix à faire, entre deux institutions : la donation ou le testament. Nous venons de démontrer qu'il est réellement impossible de considérer l'institution contractuelle comme un testament. Donc ce ne peut être qu'une donation. Et la conclusion de ce syllogisme se trouve fortifiée par la considération des textes. Quel que soit l'article que nous prenions dans le chapitre étudié, tous répètent à l'envi : « la donation ». Le chapitre lui-même est intitulé : « Des donations par contrat de mariage, etc. ». Le titre II du livre III, dont il fait partie, traite « Des donations entre vifs et des testaments. »

Il est un autre argument convaincant : le chapitre IV du même titre et livre que le chapitre VIII, objet de notre étude, est intitulé : « Des donations entre vifs ». Dans ce chapitre, l'article 947, se référant aux quatre qui le précèdent, dit qu'ils ne s'appliqueront point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre. Qu'est-ce à dire, sinon que sans cet article 947, lesdits articles 943, 944, 945 et 946, qui régissent la donation entre vifs, régleraient également les donations faisant l'objet du chapitre VIII et notamment l'institution contractuelle qui, par conséquent, est une donation entre vifs. A nos yeux donc, l'intention qu'a manifestée le législateur à plusieurs endroits du Code et sous diverses formes n'est pas douteuse : non seulement il n'a laissé subsister comme moyens de disposer de ses biens à titre gratuit que les testaments et les donations entre vifs, mais il a bien entendu que l'institution contractuelle entre dans la catégorie de ces dernières, que c'est une donation de biens à venir.

Et de cette nature que nous avons reconnue à l'institution, découle une première conséquence — que nous reprendrons car elle trouvera mieux sa place dans nos développements ultérieurs — c'est que tous les cas ou toutes les difficultés que la loi n'a pas prévus et réglementés d'une manière formelle, et ressortissant à la nature du contrat, devront être résolus

d'après les règles des donations entre vifs. C'est ce que dit DEMOLOMBE¹ en parlant des autres articles que ceux visés par l'article 947 : « D'où il faut conclure que les autres articles, « qui régissent les donations entre vifs, s'appliquent aux donations par contrat de mariage, dans tous les cas où la loi n'y « a pas apporté, explicitement ou implicitement, des dérogations. » et COIN-DELISLE² : « En les classant législativement « dans les donations entre vifs, il en a imposé les règles à « toutes les donations par contrat de mariage à moins de dérogations ou d'exceptions écrites dans la loi **ou en découlant nécessairement.** »³ »

Notons soigneusement ces derniers mots; il faut bien se garder, en effet, de considérer comme absolue la règle que nous avons posée ci-dessus. Tout en étant *légalement*, une donation entre vifs, l'institution contractuelle n'en participe pas moins, par la nature des choses, à celle du testament, du fait qu'elle est une donation de biens à venir. Et il ne manquera pas de cas où une situation se présentant, qui n'a pas été organisée par la loi, on ne pourra recourir aux règles des donations entre vifs, mais bien à celle des testaments. C'est particulièrement pour les effets des institutions contractuelles qu'il faudra se reporter aux règles du testament; et c'est normal puisque notre institution n'est efficace qu'à la mort du disposant et qu'à ce moment, bien que donation entre vifs, elle se résoud, comme quelques auteurs l'ont remarqué mais en attachant à ce caractère beaucoup trop d'importance, en une sorte de testament que l'instituant aurait fait à une certaine époque de sa vie et que la loi lui aurait interdit de révoquer.

Définition de l'Institution. — Nous pouvons maintenant aisément donner une définition de notre institution, mais pas-

1. N° 263, page 288.

2. Sur l'article 1.081, n° 1, page 551.

3. Pour la bonne compréhension de ces deux citations, il est nécessaire d'anticiper un peu sur la suite de cette étude, en disant dès maintenant que l'institution contractuelle n'est possible que par contrat de mariage; elle entre donc dans les « donations par contrat de mariage » de MM. DEMOLOMBE et COIN-DELISLE.

sons d'abord en revue quelques auteurs considérables, de l'Ancien Droit notamment, qui ont étudié de près la question.

Nous relevons dans CHABROL¹ : « L'institution d'héritier
« est un don irrévocable des biens que l'instituant laissera à
« son décès; il dispose de sa succession; il met l'héritier insti-
« tué à la place de son héritier *ab intestat* ».

Et dans POTIER² : « On peut la définir la donation que
« quelqu'un fait de sa succession en tout ou en partie par
« contrat de mariage à l'une des parties contractantes, ou aux
« enfants qui naîtront du futur mariage ».

LAURIÈRE conclut³ : « ...De sorte que l'on croit très bien
« pouvoir définir l'institution contractuelle un don irrévocable
« de succession, ou d'une partie de succession, fait par contrat
« de mariage au profit de l'un des deux conjoints ou des
« enfants qu'ils doivent avoir ensemble. »

Quant à nous, des recherches qui précèdent sur la nature de l'institution contractuelle, nous pouvons déduire, avec GRENIER⁴, qu'elle est une donation irrévocable de la succession du disposant mais nous observerons toutefois que l'épithète « irrévocable » est superflue puisque c'est l'irrévocabilité même de l'institution qui nous l'a fait considérer comme une donation.

La définition de l'annotateur de LEBRUN⁵ nous convient beaucoup aussi. Elle se révélera très exacte quand nous aurons terminé l'étude des effets de l'institution : « C'est une donation entre vifs du titre et de la qualité d'héritier. »⁶

1. Chap. xiv, art. 26, section 1^{re}, p. 321, tome II.

2. Introduction au titre XVII, appendice, n° 17, p. 621.

3. Chapitre II, n° 20, page 69, tome I^{er}.

4. N° 411, p. 262, tome III.

5. Sous le n° 7, page 16.

6. Cf. BOURJON, livre V, titre 3, chap. 1^{er}, p. 70.

CHAPITRE II

Conditions de forme.

L'institution ne peut se faire que par contrat de mariage.

— L'institution contractuelle, disions-nous dans le chapitre précédent, requiert, outres des formes solennelles, un concours de volontés. Précisons maintenant : elle ne peut se faire que par contrat de mariage.

Cette nécessité d'incorporer notre institution dans un contrat de mariage cadre bien avec le but dans lequel elle a été conservée : celui de favoriser les unions légitimes. Les auteurs répètent à l'envi qu'elle n'a été permise que par « faveur du mariage », que ce soient les auteurs de l'Ancien Droit ou les commentateurs du Code Civil.

Comment mieux favoriser cet événement, considéré comme une des bases les plus importantes de l'ordre social, que d'augmenter l'attrait que présente déjà aux futurs époux le projet de leur union, par des libéralités qui leur permettront de subvenir à leurs besoins, de supporter leurs nouvelles charges?

Et pour le donateur comment mieux subordonner sa libéralité à la réalisation de ses vœux, que de l'inclure dans le contrat même du mariage souhaité, puisque, l'union ne se réalisant pas, le contrat devient caduc et provoque par sa chute, celle des gratifications qu'il contient?

Ceci est surtout vrai des donations entre vifs incorporées dans un contrat de mariage, et peut être moins de l'institution qui nous occupe, mais nous y avons répondu dans l'Introduction.

Le souci de favoriser les mariages, qui hantait déjà le législateur pré-révolutionnaire, apparaît bien dans les travaux de confection du **Code Civil**.

Ainsi, nous relevons dans le discours de présentation et d'exposé des motifs que prononça M. BIGOT-PRÉAMENEU devant le Corps Législatif¹ : « Toute loi dans laquelle on ne cher-
« cherait pas à encourager les mariages serait contraire à la
« politique et à l'humanité. Loin de les encourager, ce serait
« y mettre obstacle, si l'on ne donnait pas le plus libre cours
« aux donations, sans lesquelles ce lien ne se formerait pas... »
et, plus loin :

« Le père qui marie ses enfants s'occupe de leur postérité.
« La donation actuelle doit donc être presque toujours subor-
« donnée à des dispositions sur la succession future. »

Dans son rapport à l'assemblée générale du Tribunat² du 9 Floréal (29 Avril) M. JAUBERT est plus catégorique encore :

« Les règles même les plus sévères que la loi a cru devoir
« établir sur l'irrévocabilité des donations doivent fléchir en
« faveur du mariage : la loi ne voit que la nécessité de l'en-
« courager... » et, plus loin : « Les institutions contractuelles
« continuent d'être autorisées en faveur du mariage. »

Enfin, le Tribun FAVARD, lors de la discussion devant le Corps Législatif, reprend les mêmes arguments³ :

« Je termine par les donations les plus favorables, je veux
« dire celles faites par contrat de mariage ou pendant le
« mariage. Il n'y a rien de plus sacré, sans doute, que tout ce
« qui tend à former une union aussi sainte, et à laquelle le
« législateur doit toute la protection qui peut en assurer la
« durée et la prospérité. »

Controverse. — On pourrait dire, avec quelque apparence de raison, qu'il n'est pas indispensable qu'une donation faite en faveur d'un mariage fasse partie intégrante du contrat préliminaire à celui-ci. Il serait parfaitement possible de faire une donation conditionnelle, la condition étant que le mariage eût lieu. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à prendre ce parti.

1. FENET, p. 569.

2. FENET, p. 619.

3. FENET, p. 644.

C'est la conclusion de MERLIN¹ : « Mais il ne s'ensuit point
« de là qu'on puisse regarder comme nulle une Institution
« contractuelle qui serait faite par un acte authentique après le
« contrat de mariage, pourvu que cet acte fût antérieur à la
« cérémonie nuptiale. »

Et de TOULLIER² :

« Mais il n'en faut pas conclure qu'il est rigoureusement
« nécessaire que cette espèce de donation soit faite par un
« contrat de mariage et qu'elle soit nulle si elle est faite par
« un acte authentique, soit avant, soit après le contrat de
« mariage, ou même s'il n'y a point de contrat de mariage,
« pourvu que cette donation fût antérieure à la célébration du
« mariage et que l'on vît clairement qu'elle est faite en faveur
« du mariage. Telle est l'opinion de M. MERLIN, adoptée par
« M. GRENIER, traité des donations, t. 2 page 45. Ce qui est
« conforme à la raison; car, dès qu'elle est antérieure au
« mariage, elle est censée en avoir été une condition³ ».

Nous ne saurions admettre ce point de vue, et nous croyons
d'ailleurs bien que les auteurs cités sont les seuls à s'écarter
de l'opinion commune, qui ne peut guère être combattue, à
savoir qu'il est bien nécessaire que l'institution contractuelle
soit faite par contrat de mariage.

ANCIEN DROIT. — D'abord, il en était ainsi dans l'Ancien
Droit ainsi que l'affirme LE BRUN, n° 9, page 16 : « La première
« condition de ces institutions est, qu'elles soient faites dans
« les contrats de mariage... »

Même opinion chez AUROUX DES POMMIERS n° 6, art. 219
de la *Cout. du Bourbonnais*, p. 301, et dans BOURJON, qui est
tout à fait catégorique : « Si l'institution d'héritier est portée
« par un acte entre vifs, autre qu'un contrat de mariage, elle
« est nulle... » (titre troisième, chap. 1^{er}; IX p. 71).

1. § III, n° 2, *in fine*, p. 203.

2. N° 830, page 813.

3. GRENIER semble, en effet, être de cet avis, mais les raisons qu'il en
donne lui paraissent si peu sûres qu'il conseille « d'éviter la difficulté » ;
n° 426, *in fine*, p. 335.

Nous pouvons encore citer RICARD¹ : Nous tenons pour « droit commun, que les successions futures se peuvent donner « et promettre valablement dans un contrat de mariage, en « faveur des futurs époux, et de leurs descendants... » Il s'appuie notamment sur la coutume du Bourbonnais dont l'article 219 est ainsi conçu : « Toutes donations, conventions, « avantages, institutions d'héritiers et autres choses **faites en** « **contrat de mariage**, le mariage fait par paroles de présent, « sont bonnes et valables... »

Les arrêtés du Premier Président de LAMOIGNON sont aussi très nets sur ce point² : Article 1^{er} : « Les institutions contractuelles... sont valables en ligne directe et collatérale, pourvu « qu'elles soient faites par contrat de mariage, et si elles sont « faites par d'autres actes et contrats, même de société de tous « biens, elles n'auront aucun effet. »

DROIT ACTUEL. — Notre droit moderne a continué la tradition. Le titre du chapitre IX l'annonce : « Des donations « faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à « naître du mariage. » L'article 1082 la confirme : « Les pères « et mères... pourront, *par contrat de mariage*... »

L'article 1083 la rappelle : « La donation, dans la forme portée au précédent article... »

L'article 1084 dit encore : « La donation par contrat de « mariage. » L'article 1086 reprend les mêmes termes, ainsi que l'article 1087. L'article 1088, cependant, use d'une variante regrettable et parle de donation faite « en faveur de mariage », mais l'article 1090 redevient plus précis et dit de nouveau : « toutes donations faites aux époux **par leur contrat de « mariage.** »

Indépendamment de ces arguments de textes qui nous semblent péremptoires, il en est de raison pure.

Nous avons vu, et cela n'est nié par personne, que c'est la seule faveur du mariage qui a fait admettre la dérogation

1. N° 1054, page 242.

2. Titre XXXIX ; p. 253.

au droit commun, que constitue la donation de biens à venir. Insérée dans un contrat de mariage, cette donation ne peut pas ne pas être en faveur du mariage projeté et, si le mariage manque, elle ne saurait s'appliquer à une autre union. Si, au contraire, la libéralité était faite par un contrat de donation ordinaire, par une simple donation « en faveur de mariage » les circonstances pourraient faire, comme dit M. TROPLONG, que la donation eût plutôt en vue le mariage quelconque du donataire que tel mariage en particulier; il serait donc nécessaire que le donateur exprimât d'une manière formelle qu'il a été déterminé par la considération du mariage projeté et non de n'importe quel mariage.

C'est bien la conclusion qui se dégage de l'arrêt de la Cour de Toulouse du 4 août 1881¹ dont voici le sommaire, qui donne une image exacte de l'arrêt lui-même :

« L'article 1088, qui déclare caduque la donation faite à un
« futur époux en vue du mariage, si le mariage ne s'ensuit
« pas, ne s'applique que lorsque cette donation a été faite
« dans le contrat de mariage même, parce qu'il y a alors pré-
« somption absolue, et non susceptible d'être combattue par
« la preuve contraire qu'elle a été faite en vue du mariage.
« Mais si la donation a été faite par acte séparé, cette pré-
« somption n'existant plus, il n'y a pas lieu de prononcer la
« nullité, à moins qu'il ne soit prouvé par le demandeur en
« nullité, dans les formes du droit commun, que l'union pro-
« jetée était la seule cause de la donation. »

C'est ce que dit aussi LAURENT : « Les institutions contrac-
« tuelles dérogent à des principes fondamentaux de droit
« commun. Le législateur n'autorise ces dérogations qu'en
« faveur du mariage. Pour avoir la certitude que la donation
« a pour cause unique le mariage en faveur duquel elle est
« faite, la loi exige qu'elle soit comprise dans le contrat de
« mariage. » (n° 186, p. 228).

Il y a encore une autre raison de cette rigueur : la libéra-

1. Toulouse, 4 août 1881; S. 82-2-242.

lité est souvent faite en vue du régime adopté par les futurs époux. Il est donc bon que la donation se fasse par le contrat de mariage même, dont elle devient ainsi une clause.

Nous pensons le débat clos : l'institution contractuelle ne peut être faite que par contrat de mariage.

Sort des institutions faites par contrat de mariage sous seings privés. — Dans l'Ancien Droit, certaines Coutumes, comme celle de Normandie¹, permettaient le contrat de mariage par acte sous seings privés. Comme d'autre part les donations ne se pouvaient faire valablement que par acte public, on se demandait quel eût été le sort d'une institution contractuelle faite dans un tel contrat de mariage.

MERLIN, qui a envisagé le cas, soutenait la validité de l'institution.

La question n'a plus qu'un intérêt documentaire puisque, de nos jours, les contrats de mariage doivent nécessairement être passés devant notaire, mais nous pensons qu'il n'est pas mauvais de la rappeler incidemment, car elle a eu une portée pratique au début du siècle dernier, et nous avons relevé sur ce point quelque jurisprudence.

La Chambre Civile de la Cour de Cassation a rendu le vingt janvier 1818² après délibération en Chambre du Conseil, un arrêt par lequel, se fondant sur l'ordonnance de 1731, elle estimait que c'était la nécessité de l'acte public qui devait l'emporter, l'institution contractuelle ayant toujours été considérée comme une véritable donation entre vifs.

Son arrêt de rejet du 31 janvier 1832³ par contre, semble être en contradiction avec le précédent : il validait une institution contractuelle faite par contrat de mariage sous seings privés dans un pays dont le statut permettait que les contrats de mariage fussent passés ainsi. Cependant, la contradiction n'est qu'apparente : le pays en question, Mayence, était étranger et non soumis à l'ordonnance de 1731.

1. Civ. Rej., 7 vent. an XIII ; S. chr., t. II-1-76.

2. Civ. cass., 20 janv. 1818 ; S. 18-1-336.

3. Civ. rej., 31 janv., 1832 ; S. 32-1-219.

La Cour de Paris aurait validé, elle aussi, le 22 novembre 1828, dans un arrêt rapporté au Répertoire DALLOZ, V^o Contrat de Mariage, n^o 272, une institution contractuelle faite dans un contrat de mariage passé sous seing privé. L'institution avait bien été faite depuis l'ordonnance de 1731, mais dans un pays étranger dont le statut permettait de tels contrats.

Mais la Cour suprême, par son arrêt du 4 mars 1863¹ cassant un arrêt de la Cour de Pau du 28 août 1859, lequel infirmait lui-même un jugement du Tribunal de Lourdes, revient à sa jurisprudence de 1818 et s'attache spécialement au caractère de donation entre vifs que présente l'institution, pour exiger l'acte authentique et annuler la disposition quand elle a été faite par contrat de mariage sous seings privés.

Cet arrêt appuie donc aussi notre opinion sur la nature de l'institution contractuelle : une donation entre vifs de la qualité d'héritier. La Cour d'Agen, sur renvoi du précédent, dit, en son arrêt du 25 Avril 1866 : « Attendu qu'il y a lieu de
« reconnaître que l'institution contractuelle est aussi une dona-
« tion entre vifs puisqu'elle confère immédiatement à l'insti-
« tué la qualité d'héritier de l'instituant, que cette transmission
« est irrévocable et qu'elle ne saurait être anéantie par aucun
« acte postérieur de l'instituant... »

Conséquences de la nécessité d'incorporer les institutions aux contrats de mariage. — De la nécessité d'intégrer l'institution contractuelle dans un contrat de mariage, nous pouvons tirer immédiatement quelques conséquences.

A. *Un seul notaire.* — Comme pour toutes autres donations faites par contrat de mariage, la présence du second notaire ou des témoins instrumentaires n'est pas nécessaire. En effet, la loi du 12 août 1902, portant modifications aux lois du 25 Ventôse an XI et du 21 Juin 1843, relatives au notariat porte :
« Les actes notariés pourront être reçus par un seul notaire,
« sauf les exceptions ci-après :

1. Civ. cass., 4 mars 1863; S. 63-1-371; D.P. 63-1-148.

1°

2° Les actes contenant donation entre vifs ou donation
« entre époux autres que celles insérées dans un contrat de
« mariage..., etc. »

C'est une conséquence immédiate de ce que la donation par
contrat de mariage, qu'elle soit de biens présents ou de biens
à venir, « est régie quant à sa forme, par la loi qui organise ce
« contrat lui-même¹. »

B. *Contre-lettres*. — Il est superflu, croyons-nous, d'insis-
ter sur l'assimilation des contre-lettres établies conformément
aux articles 1396 et 1397 du Code Civil. Ces contre-lettres font
partie intégrante du contrat de mariage, et une institution
contractuelle qui serait faite par cette voie serait parfaitement
valable. C'était déjà la solution ancienne².

C. *L'institution contractuelle suit le sort du contrat de
mariage*. — Dès lors que le contrat de mariage est parfait, l'ins-
titution contractuelle qui y est incorporée est définitive. Comme
nous le verrons plus loin, l'instituant est lié d'une façon irré-
vocable. Peu importe que le mariage projeté se célèbre long-
temps, très longtemps après le contrat. Pourvu que le contrat
de mariage lui-même, qui est le support de l'institution, ne soit
pas annulé, cette institution contractuelle reste intangible, à la
condition évidemment, qu'elle ne soit pas affectée de l'une
ou l'autre des causes propres de nullité qui peuvent l'entacher
et que nous étudierons par la suite. Ainsi, un arrêt de la Cour
de Nîmes du 15 avril 1850³ n'a pas voulu admettre qu'un
deuxième contrat de mariage, auquel était resté étranger l'ins-
tituant qui figurait dans le premier, fût considéré comme
révoquant l'autre, le donateur n'ayant pu prouver, dans les
formes légales, que le mariage avait été réellement rompu dans

1. BONNET, n° 680, page 538.

2. AUROUX DES POMMIERS; N° 9, sur l'art. 219 de la *Coutume du Bour-
bonnais*, pages 301 et 302.

3. Nîmes, 15 avr. 1850; S. 50-2-519.

l'intervalle des deux contrats ou que les futurs époux avaient formellement renoncé à la donation : « Attendu qu'une pareille « renonciation ne se suppose pas facilement, et que, pour la « déclarer existante, alors que ceux qui avaient fait les dona- « tions ne pouvaient les révoquer, il aurait fallu qu'elle eût « été clairement exprimée ou constatée par un acte quel- « conque... »

Il n'est donc pas nécessaire que l'instituant assiste au mariage, ni qu'il soit encore vivant le jour de la cérémonie puisque, vivant ou non, il ne peut revenir sur ce qu'il a fait. On peut donner sous une condition qui ne s'effectue qu'après la mort de celui qui donne. La seule condition, en l'espèce, est que le mariage prévu s'accomplisse; cette condition venant à s'accomplir produit en quelque sorte un effet rétroactif au jour même du contrat. C'était déjà la solution de l'Ancien Droit ainsi que l'affirment CHABROL¹ et AUROUX DES POMMIERS².

Cette survivance de l'institution contractuelle se manifeste encore lorsque dans l'intervalle — de quelque longueur qu'il soit, répétons-le — entre le contrat et le mariage, le disposant est devenu incapable. Ceci n'est d'ailleurs qu'un cas particulier de ce qui précède, car il n'y a certes pas d'incapacité plus nettement établie que la mort.

Il est cependant nécessaire d'observer que si l'instituant avait, en termes non équivoques, conditionné sa libéralité à ce que le mariage se fit ou de son vivant, ou avant telle date ou tel événement, l'obligation de donner qu'aurait souscrite ainsi le disposant rentrerait dans les termes de l'article 1176 : la condition en serait défaillie si le mariage ne s'accomplissait pas avant la mort de l'instituant ou avant le terme fixé, suivant le cas. S'il n'y a point de telle détermination de temps, la seule condition à laquelle soit soumise l'institution est la condition *si nuptiæ sequantur*.

1. CHABROL, sur l'art. 26 de la *Coutume d'Auvergne*, section 2, p. 327.

2. AUROUX DES POMMIERS, sur l'art. 219 de la *Coutume du Bourbonnais*, n° 12, page 302.

Nous ne perdrons pas de vue que si l'une des parties venait à contracter un autre mariage que celui en vue duquel le contrat a été fait, et qu'après la rupture de celui-ci elle donnât suite au projet initial, la première union consommée aurait incontestablement détruit le contrat fait en vue de l'autre et, avec lui, l'institution qu'il renfermait.

En effet, si le contrat de mariage vient à être annulé, il en est nécessairement de même de l'institution contractuelle qu'il contenait. Or, nous savons qu'il peut tomber seul et le mariage subsister, ou bien être entraîné par voie de conséquence dans la chute du mariage non valable.

En ce qui concerne la nullité propre du contrat de mariage, il y a lieu cependant d'observer que notre conclusion ne doit pas être absolue. Certes, s'il est radicalement nul, pour un vice de forme par exemple, ou s'il porte une date postérieure à celle du mariage¹ tout ce qu'il contient tombe avec lui. Si c'est seulement la clause relative au régime qui est frappée, les autres clauses, qui ne sont pas liées intimement à celle qui est nulle, notamment une institution contractuelle, sont valables. C'est ce qu'a jugé la Cour de Bordeaux dans son arrêt du 1^{er} juillet 1886². Il s'agissait, en l'espèce, d'une donation réciproque que s'étaient faite deux époux, de l'usufruit de tous les biens meubles et immeubles du prédécédé, mais la conclusion est valable pour l'institution que nous étudions. Elle ne le serait pas, cependant, si d'après les circonstances du fait et notamment d'après les termes de l'acte, l'ensemble de ses clauses et l'espèce de régime qui avait été choisi, il apparaissait aux juges du fait que la donation avait été faite en vue du régime adopté; dans ce cas, celui-ci ne pouvant exister, la donation tomberait aussi.

La nullité de l'institution contractuelle qu'entraîne celle du contrat de mariage a été consacrée par un arrêt de la Cour de Nîmes du 8 janvier 1850³ : la mariée mineure, n'était pas

1. Pau, 3 mars 1909; S. 1910-2-76.

2. Bordeaux, 1^{er} juillet 1886; D. P. 86-2-283.

3. Nîmes, 8 janvier 1850; D.P. 50-2-188; S. 50-2-91.

présente au contrat de mariage, et, plus récemment, par la Cour de Cassation le 19 juin 1872 ¹ : le mineur qui avait figuré au contrat de mariage comme futur époux n'avait pas été assisté des personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage (art. 1398).

Si c'est par voie de conséquence que tombe le contrat de mariage, sa nullité est absolue et l'institution contractuelle est inéluctablement détruite; mais on ne saurait tenir compte, en ce cas, des articles 201 et 202 et distinguer si le donateur connaissait ou ne connaissait pas l'empêchement au mariage. Cela découle de ce que nous sommes en matière exceptionnelle et que les textes doivent être, par conséquent, d'interprétation stricte.

D. *Institution par mandataire.* — Que la donation de biens à venir ne puisse être faite que par un contrat de mariage qui soit valable et que suive le mariage projeté, voilà donc un point bien établi. Mais supposons que le donateur, au lieu d'assister au contrat, ait chargé un mandataire de faire à sa place l'institution contractuelle à laquelle il était décidé. Le mandat doit être spécial : cela ne fait aucun doute. Mais pourra-t-il être fait sous seings privés ou devra-t-il nécessairement être passé en minute devant notaire? Nous croyons à la nécessité du mandat authentique. Il serait pour le moins curieux que la loi exigeât (art. 933) un tel mandat pour l'acceptation d'une donation, c'est-à-dire pour une augmentation de patrimoine, et qu'elle se contentât d'un mandat sous seings privés dont la loyauté n'est pas établie par l'acte lui-même, et qui a pu être extorqué du mandant, pour une donation, fût-elle de biens à venir, que veut faire ce dernier, c'est-à-dire, après tout, pour une diminution de patrimoine, sinon du donateur, tout au moins de ses héritiers. Ce serait bien mal juger de la protection qu'a le souci d'apporter la loi aux biens des individus, à la propriété. Nous rejoignons ainsi l'opinion de M. BONNET ² :

1. Civ. rej., 19 juin 1872; S. 72-1-281.

2. BONNET, n° 685, p. 548.

« La procuration qui renferme le consentement de donner ou
« de recevoir est, à nos yeux, inséparable de l'acte de dona-
« tion, et forme avec cet acte un tout indivisible qui doit être
« assujetti, dans chacune de ses parties, à la condition d'au-
« thenticité exigée par les articles 931, 1394... »

Nous suivons aussi la jurisprudence de la Cour de Cassation et de la plupart des Cours d'Appel ¹.

« Attendu, dit la Cour de Besançon en son arrêt du 30 mars
« 1844 sous Req. 1^{er} déc. 1846, attendu qu'aux termes de l'ar-
« ticle 931 du Code Civil, conforme à l'ordonnance de 1731,
« tout acte portant donation doit, à peine de nullité, être passé
« dans la forme authentique; que l'acte de donation étant
« assujetti à la forme de l'authenticité, toutes les parties inté-
« grantes de cet acte y sont aussi assujetties par une consé-
« quence nécessaire, et qu'il faut considérer comme telles,
« non seulement le consentement du donateur, puisqu'il n'y a
« pas de donation sans consentement, mais encore l'autorisa-
« tion nécessaire à la femme, pour donner entre vifs, puisque,
« aux termes de l'art. 217 elle ne peut donner sans cette
« autorisation. »

E. *Non-observation des formes.* — Si l'institution contrac-
tuelle a été faite par un acte sous seings privés, ou par contrat
de mariage annulé, ou si le mariage lui-même a été annulé,
elle est nulle avons-nous dit. Elle est nulle d'une nullité abso-
lue. C'est en effet un pacte sur succession future fait en dehors
des conditions sous lesquelles la loi l'autorise. La nullité est
d'ordre public et opposable par ceux-là mêmes qui y ont été
parties principales, par le donateur notamment, ou par ses
héritiers et ayants cause.

Il n'y a pas de termes sacramentels. — Nous venons de
voir la condition de forme la plus importante nécessaire à la

1. En ce sens : Dijon, 15 janv. 1840; S. 40-2-63 et, sur pourvoi; Civ.
rej., 19 avr. 1843; S. 43-1-393; Douai, 10 août 1846; D.P. 46-2-159; Req.
1^{er} décembre 1846; D.P. 47-1-15.

validité de l'institution contractuelle. Y en a-t-il d'autres? C'est ce que nous allons étudier.

Une question se pose immédiatement à l'esprit : en quels termes doit être faite une institution pour être valable? Quelle est la formule à employer pour qu'il y soit attaché effet? Disons tout de suite qu'il n'y en a pas. « La forme de l'institution « d'héritier, disait CHABROL ¹, consiste uniquement à l'exprimer « en termes intelligibles dans un contrat de mariage, en « faveur des contractans ou leurs descendans. » Il n'est nullement nécessaire que le disposant dise : « j'institue contractuellement », ou : « je fais donation de mes biens à venir « dans les conditions de l'article 1082 du Code Civil. » Nous ne contesterons pas qu'il y aurait parfois grande utilité à ce qu'il le fit : cela couperait court à toute discussion. Cependant les notaires, esclaves de la tradition et du formulaire de leur étude, réussiraient peut-être encore à faire douter de l'intention de leur client, en adjoignant à son expression pourtant claire, des explications, des « précisions ». Ils le font actuellement dans notre matière, en spécifiant la rétention de l'usufruit : cette clause peut faire croire à une donation entre vifs puisque, pour pouvoir retenir l'usufruit, il semble qu'il faille avoir fait tradition de la propriété.

Il n'y a pas de termes sacramentels pour faire une institution contractuelle. « Attendu, dit un jugement du Tribunal de « Sens du 21 Août 1840 sous Req. 29 Juin 1842; S.42-1-693, « attendu, en principe, que l'institution contractuelle, pour « exister, n'a pas besoin d'être formulée en termes sacramen- « tels; qu'il suffit qu'elle résulte de la saine interprétation du « contrat ². »

L'institution résulte donc des termes du contrat ou mieux encore, de l'intention d'instituer découlant des expressions employées dans la rédaction du contrat, car il ne faut pas s'arrêter au sens littéral des termes (art. 1156) : il suffit que la

1. CHABROL, sur l'art. 26; section 1^{re}; t. II, p. 323.

2. Il s'agissait, en l'espèce, d'une institution contractuelle entre époux, mais, dans notre cas, ce serait tout à fait identique.

volonté du donateur ait été clairement manifestée. Nous n'étonnerons personne en affirmant que cette manifestation de volonté est parfois difficile à déceler et qu'elle est souvent discutée. La décision appartient aux juges du fond, sans que la Cour de Cassation puisse réformer leur sentence : en matière d'interprétation de contrats leur pouvoir est souverain. Ce n'est pas qu'il n'y ait certaines règles auxquelles ils ne soient astreints, mais une fois ces règles observées, leur décision est inattaquable. Ainsi, ils doivent suivre celle qui commande d'interpréter restrictivement les dispositions exceptionnelles, comme nous le relevons dans un arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} décembre 1855¹ : « La Cour, considérant, d'une part, qu'en autorisant les dispositions régies par les articles 1082, 1083 et 1084 du Code Napoléon, le législateur, en raison de la faveur qui s'attache au mariage, a dérogé à plusieurs principes de droit commun; que, d'autre part, celui qui fait une pareille disposition renonce à un droit important et précieux, celui de disposer à titre gratuit; qu'il suit de là que le juge ne doit pas interpréter trop largement les stipulations sur lesquelles il s'élève un litige, mais qu'il faut, au contraire, les restreindre au cas expressément prévu... etc. »

Il va de soi que si les juges, tout en constatant en fait que le contrat soumis à leur critique présentait les caractères de l'institution contractuelle tels que les a décrits le Code, en faisaient résulter un acte différent, ils violeraient la loi et leur sentence encourrait la cassation².

Nous ne saurions mieux préciser les considérations générales qui précèdent qu'en mettant sous les yeux du lecteur les solutions qui ont été données par la jurisprudence, d'un certain nombre de cas d'espèces.

Ainsi, **constituent des institutions contractuelles**

1^o Une donation, bien qu'elle ait été qualifiée entre vifs,

1. Paris, 1^{er} déc. 1855; D.P. 55-5-159.

2. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique*, v^o disp. entre vifs et test., n^{os} 1981 et 1985.

qui ne devait avoir d'effet qu'après la mort du disposant et dans le cas où à cette époque ce dernier n'aurait aucun enfant survivant. « Considérant que pour déterminer le véritable « caractère d'un acte c'est moins à la forme extérieure et aux « dénominations qu'à sa substance qu'on doit s'attacher... »

(Rej. 7 vent. an XIII; S. chr. t. 2-1-76).

2° la stipulation par laquelle des pères et mères assurent à l'un de leurs enfants par contrat de mariage une part de leurs biens égale à celle de leurs autres enfants, avec réserve expresse de pouvoir en vendre pour l'acquittement de leurs dettes et besoins.

(Req. 19 vent. an 4 sous n° 1985 Rep. alph. DALLOZ).

3° l'attribution par contrat de mariage, par un père en faveur de ses enfants, du quart par préciput dans des biens spécialement désignés, sans aucun autre avantage dans les autres biens de l'instituant, alors surtout qu'il n'y a pas eu dessaisissement actuel de ce quart en faveur de l'institué.

(Riom 6 mars 1819; S. chr. t. 6-2-39).

4° l'expression suivante, contenue dans un contrat de mariage : « En attendant la succession des père et mère que la future est réservée à partager par partie égale avec son frère » : ces mots contiennent une institution contractuelle ou une donation irrévocable de la moitié de la succession.

(Req. 11 déc. 1821; Rép. alph. DALLOZ; n° 1989).

5° la disposition par laquelle un ascendant donne par contrat de mariage l'universalité de ses biens présents et à venir aux enfants à naître du mariage. Cette disposition est une institution contractuelle et non une donation entre vifs, *encore que l'instituant se soit réservé l'usufruit* et qu'il se soit engagé à faire remploi en cas d'aliénation à titre onéreux¹.

(Bruxelles 18 fév. 1822; rép. DALLOZ v° cit. n° 1985).

1. Nous verrons, en effet, plus tard, qu'une pareille clause n'empêche pas l'instituant de vendre ultérieurement et même hors le cas de nécessité, les biens compris dans l'institution.

6° la clause d'un contrat de mariage portant que le père de la future épouse l'institue son héritière de tous ses biens présents et à venir, sous la réserve de l'usufruit sa vie durant.

« Attendu que Raymond BOURGOIN, en instituant sa fille
« son héritière, par son contrat de mariage avec Elie TEYSSON
« a clairement exprimé la volonté de ne lui transmettre que
« son hérédité, c'est-à-dire les seuls biens qu'il délaisserait en
« mourant; qu'en faisant porter ladite institution sur ses biens
« présents et à venir, et en stipulant en sa faveur la réserve
« de l'usufruit, il n'a pas changé, par cette énonciation et
« cette réserve inutile, la nature de cette disposition, avec
« laquelle elles ne sont pas d'ailleurs incompatibles... »

(Bordeaux 17 nov. 1828; S. chr. t. 9-2-154).

7° la clause d'un contrat de mariage dans laquelle on trouve à la fois et une institution universelle d'héritier et une donation entre vifs et irrévocable de tout ce dont le donateur peut disposer au profit de son enfant donataire, a pu être déclarée contenir non une donation dépouillant actuellement le donateur, mais une simple institution contractuelle et par suite...

(Civ. rej. 24 Août 1831; Rép. DALLOZ v° cit. n° 1985).

8° la donation d'une quote-part des biens des père et mère tels qu'ils se trouveront au jour de leur décès, même avec réserve d'usufruit.

(Civ. cass. 7 avril 1823; S. chr. t. 7-1-221).

9° la donation qu'un père fait à son fils, dans son contrat de mariage et à titre de préciput, d'une portion quelconque de la quotité disponible, est, par sa nature, une disposition à cause de mort (donc une institution contractuelle), la quotité disponible ne pouvant être déterminée qu'après le décès du donateur, même si dans le contrat le donateur a fait à son fils abandon de l'usufruit d'un immeuble, en déclarant que cet abandon a lieu en attendant son décès et en représentation de ce qu'il donne.

(Req. 12 Juin 1832; S. 32-1-755; Rép. DALLOZ, v° cit. n° 1986).

10° la donation d'un immeuble (sous réserve d'usufruit) faite par contrat de mariage, au profit de leur enfant, par un père et une mère, chacun en leur succession, pour recueillir cet immeuble en l'état où ils le laisseront au moment de leur décès, bien que l'immeuble soit dit donné en toute propriété au donataire et aux siens, et que les donateurs se soient interdits de vendre ou d'hypothéquer : « Attendu que d'après ces diverses expressions de la donation, le caractère des actes prévus et autorisés par les articles 1082 et 1083 du Code Civil et l'absence de dessaisissement actuel, ont pu être déclarés constants... »

(Req. 20 novembre 1833; S. 33-1-851.)

11° la clause d'un contrat de mariage par laquelle un père en dotant son enfant déclare que cette dot est en attendant sa succession, à laquelle le donataire est expressément réservé.

(Req. 8 déc. 1837; S. 38-1-476; Rép. DALLOZ n° 1988).

12° la promesse de réserver à une succession; cette promesse équivaut à une institution contractuelle pour une part héréditaire intégrale ¹.

(AMIENS 15 déc. 1838; S. 39-2-204; Rép. DALLOZ n° 1993).

13° la donation faite par contrat de mariage des biens que le donateur laissera à son décès, pour par le donataire recueillir l'effet de la disposition à compter du jour du décès du donateur.

(Civ. cass. 23 Mars 1840; S. 40-1-475).

14° la donation faite par contrat de mariage *d'un immeuble déterminé* et des accroissements qui pourront y être faits pour par le donataire en jouir seulement au décès du donateur et en cas de survie.

(Civ. cass. 23 Mars 1840, 2° arrêt; S. 40-1-476).

15° la donation par contrat de mariage de tous biens qui pourront appartenir au donateur lors de son décès, à l'effet de

1. Voir *infra* : « Promesse d'égalité ».

quoi le donataire est institué irrévocablement son seul et unique héritier.

(Civ. cass. 23 Mars 1840; 3^e arrêt; S. 40-1-333).

16° au profit du mari, la clause du contrat de mariage dans lequel il est dit qu'en cas de prédécès de la future sans enfant, le futur ne sera tenu de donner aux collatéraux de celle-ci, pour tous droits héréditaires, qu'une somme déterminée franche de toutes dettes.

(Req. 29 Juin 1842; S. 42-1-693).

17° jusqu'à concurrence d'une portion virile dans la quotité disponible, la clause d'un contrat de mariage par laquelle un père s'interdit d'amoindrir la part héréditaire de son enfant ¹.

(PAU 16 février 1874; S. 74-2-229).

18° la clause d'un contrat de mariage portant que « les père et mère du futur époux instituent celui-ci, conjointement et par égale portion avec ses frère et sœur, héritier général et universel de tous les biens meubles et immeubles qui pourront composer leurs successions, en s'interdisant, dès ce moment, la faculté de pouvoir directement ou indirectement avantager leurs autres enfants au préjudice du futur. »

C'est là une institution universelle et non une simple promesse d'égalité.

(RIOM 21 Février 1883; S. 84-2-9 confirmé par Req. 10 Mars 1884; S. 85-1-351; voir aussi ORLÉANS 30 Mars 1892; D. P. 93-2-330).

De l'examen des décisions rapportées ci-dessus, nous pouvons déduire que les expressions employées indiquent parfois, sans contestation possible, que la donation par contrat de mariage a pour objet la succession du donateur et constitue par conséquent une institution contractuelle. Il en est ainsi, par exemple, de la donation de tout ou partie de la quotité

1. Voir *infra* : « Promesse d'égalité ».

disponible, car celle-ci ne peut être déterminée qu'à la mort du disposant.

(Req. 12 Juin 1832; S. 32-1-755).

Il en est de même de la donation d'une quote-part des biens des père et mère tels qu'ils se trouveront au jour de leur décès, même avec réserve d'usufruit, cette clause étant absolument inutile : elle précise les effets normaux de la loi, mais n'indique nullement qu'il y a eu tradition de propriété.

(Civ. cass. 7 Avril 1823; S. chr. t. 7-1-221).

Nous avons vu aussi que peu importe que la disposition ait été qualifiée de donation entre vifs : les termes ne peuvent prévaloir contre la substance; dès l'instant que l'objet de la donation comporte uniquement des biens à venir, c'est une institution contractuelle. Voir Civ. rej. 24 Août 1831; Rép. DALLOZ, n° 1985. Voir aussi Civ. cass. 23 mars 1840; S. 40-1-333 et S. 40-1-475 (deux arrêts).

Autrefois, on employait beaucoup la déclaration d'aîné et de principal héritier. Faite par contrat de mariage, elle constituait une institution contractuelle pour une part d'aîné¹. Aujourd'hui, certains auteurs voient encore une institution pour une part ordinaire dans la reconnaissance d'héritier simple². En tout cas, il est fréquent en Picardie de promettre à un ou plusieurs enfants, dans leur contrat de mariage, de leur garder succession ou de leur conserver leur part héréditaire. TROPLONG et le Rép. DALLOZ y voient encore une institution contractuelle et la Cour d'Amiens en a jugé de même (voir plus haut 12°).

Ne constituent pas une institution contractuelle. —

Notre exposé ne serait pas complet si nous ne mettions sous les yeux du lecteur la série presque aussi importante que la précédente, des décisions de justice qui ont dénié totalement

1. MERLIN, § VI, n° 6, qui cite un arrêt du 3 août 1735, p. 240. — BOURJON, n° III, page 75.

2. TROPLONG, n° 2358, p. 511. — DALLOZ, *Rép. alph.*, n° 1987.

ou partiellement le caractère d'institution contractuelle à certaines donations par contrat de mariage. Cela nous permettra de constater la divergence d'opinions suivant le temps et le lieu de la décision, et d'illustrer mieux encore la souveraineté du pouvoir d'interprétation des juges.

1° La donation faite par une mère à son fils dans le contrat de mariage de celui-ci, d'une quote-part de ses biens présents et à venir, est une donation entre vifs à l'égard de la disposition des biens présents et une institution contractuelle à l'égard des biens à venir.

(Cass. 12 frim. an III; S. chr. t. 1-1-39).

2° La clause insérée dans un contrat de mariage, par laquelle une mère institue sa fille son héritière universelle dans tous les biens qu'elle a et délaissera à son décès, constitue, quant aux biens présents, une disposition entre vifs non seulement irrévocable de la part de l'instituante mais translatrice de propriété à l'égard de l'institué, surtout lorsque la donatrice se réserve pendant sa vie la jouissance des biens donnés.

(Cass. 19 Germ. an III; Rép. DALLOZ).

3° La mère qui, en mariant sa fille, lui remet en dot une somme d'argent avec stipulation que cette somme sera rapportée à la masse de sa succession, pour être partagée avec ses autres biens meubles et immeubles entre tous ses enfants suivant les droits qu'ils pourront y avoir, ne se prive pas du droit d'avantager ses autres enfants. Elle n'institue pas par cette clause sa fille héritière contractuelle d'une part égale à celle de ses autres enfants, pas même de la somme qui lui est donnée.

(Req. 13 janv. 1814; Rép. DALLOZ, n° 1981 et 1984).

4° La donation de divers immeubles faite dans un contrat de mariage à l'un des époux sous la réserve de l'usufruit en faveur du donateur, n'est pas une institution contractuelle mais une véritable donation entre vifs.

(METZ 3 Déc. 1812; Rép. DALLOZ, n° 1984).

5° Lorsque par contrat de mariage, les père et mère d'un époux lui assurent, pour ses droits légitimaires, une quote-part de leurs biens, et lui garantissent cette assurance jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, à l'instant payée en argent ou en rente, en se réservant l'usufruit, c'est là une donation entre vifs opérant transmission actuelle de la propriété au donataire.

(Civ. cass. 7 avr. 1823; S 23-1-301).

6° La clause d'un contrat de mariage passée sous une Coutume (Béarn) par laquelle les époux s'en sont remis à cette Coutume touchant leur institution héréditaire, ne constitue pas une institution contractuelle qui doive avoir effet nonobstant l'abolition de la coutume.

« Une telle énonciation par laquelle les époux s'en réfèrent « à la Coutume, ne constitue pas une disposition de la part « des parties elles-mêmes et ne caractérise au contraire qu'un « simple acte de soumission à la loi statutaire, qui doit dispa- « raître avec cette même loi. »

(PAU 28 Août 1824; S. 25-2-434).

7° La donation d'un immeuble, dans un contrat de mariage, sous la réserve par le donateur en sa faveur de l'usufruit et du droit de vendre l'objet donné sauf à payer une certaine somme au donataire, ne peut être considérée comme une donation à cause de mort mais bien comme une donation entre vifs.

(Civ. cass. 17 Août 1831; S 31-1-401).

8° La clause d'un contrat de mariage par laquelle le donateur, en donnant une somme d'argent à son successible, déclare que la succession est faite par préciput sur les autres héritiers avec lesquels le donataire concourra au partage de la succession après prélèvement de ladite somme.

(Req. 19 nov. 1834; S. 35-1-445 confirmant RIOM 6 Juin 1832; S. 33-2-296).

COUR DE CASSATION : « Attendu que l'arrêt atta-
« qué s'est borné à interpréter les clauses d'un con-

« trat de mariage et que cette interprétation donnée
« dans les limites des pouvoirs de la Cour royale n'a
« violé aucune disposition de la loi, rejette... »

TRIBUNAL DE SAINT-FLOUR : « Attendu qu'une
« institution emportant renonciation de la part de
« l'instituant au droit de disposer de tout ou partie
« de sa fortune ne peut pas s'induire d'une clause
« plus ou moins vague, mais doit résulter d'une
« déclaration positive claire et expresse faite par le
« donateur surtout en ligne collatérale... »

9° La clause d'un contrat de mariage par laquelle un oncle, après avoir donné à son neveu certains immeubles, ajoute qu'indépendamment de ces immeubles, le donataire prendra dans sa succession une portion égale à celle de ses frères et sœurs, peut ne pas être considérée comme une institution ou donation contractuelle de cette portion, dont le donateur ne puisse plus ultérieurement disposer à titre gratuit; mais comme une simple dispense de rapport des biens premièrement donnés, qui n'empêche pas le donateur de disposer de tous ses biens, excepté de ceux spécialement compris dans la donation.

« Attendu que dès qu'il y avait du doute sur le sens et le
« caractère de la disposition, la Cour a pu l'interpréter dans
« le sens qui lui a paru le plus conforme aux intentions des
« parties, sans violer aucune loi... »

(Req. 3 janv. 1843; S. 43-1-329).

10° La clause d'un contrat de mariage portant que la mère du futur époux s'engage, pour le cas où elle survivrait à son mari, à abandonner à son fils tous les biens immeubles dont elle se trouvera propriétaire au moment du décès de son dit mari, que cet abandon recevra son exécution à compter du décès de ce dernier, et qu'en conséquence le futur époux aura, à partir de ce jour, droit à la pleine propriété et jouissance de tous les biens immeubles que possédera sa mère, constitue une donation entre vifs.

(Req. 20 fév. 1865; S. 65-1-194).

11° La clause d'un contrat de mariage par laquelle un père fait à son fils donation de biens présents et à venir, ne s'oppose pas à ce que le juge, appréciant la libéralité d'après la lettre du contrat, les distinctions qu'il contient, la situation à laquelle il était pourvu, et l'intention des parties manifestée par des actes postérieurs explicites, décide que la disposition a été restreinte à des biens présents seulement, dont le donataire a été mis en jouissance, par un autre article du contrat et pour un cas spécial qui s'est réalisé; dès lors cette donation n'est pas caduque malgré le prédécès du donataire.

(Req. 22 nov. 1881; D. P. 82-1-216).

12° La disposition d'un contrat de mariage portant donation par les père et mère d'une rente à leur fille avec indication que si, au décès du prémourant les revenus des biens recueillis dans sa succession sont inférieurs à cette rente, la différence devra être payée par le donateur survivant, n'implique pas donation de la quotité disponible et, dès lors, n'est pas une institution contractuelle. Au surplus, en le décidant ainsi, les juges du fond n'excèdent pas leur pouvoir d'interprétation.

(BOURGES 5 avr. 1898 sous Civ. rej. 2 avr. 1901; D.P. 1901-1-391).

13° Lorsque des père et mère instituent, par contrat de mariage, leur fille héritière de la moitié des biens qui composeront leur succession et s'interdisent par le même acte de faire au préjudice de la future, aucun acte de libéralité entre vifs ou testamentaire, il appartient aux juges du fond de décider si, par cette clause, la mère s'est seulement engagée à laisser à sa fille la part de portion virile de celle-ci telle qu'elle semblera au moment du contrat devoir être déterminée, c'est-à-dire la moitié de la future succession, ou si l'obligation de la mère allait jusqu'à lui interdire de faire au préjudice de sa fille aucune disposition sur la quotité disponible pour le cas, non expressément prévu au contrat, où son fils venant à prédécéder, sa fille se trouverait seule et unique héritière *ab intestat*.

Et la décision des juges du fond sur ce point est souveraine, alors qu'elle se fonde soit sur le rapprochement et la combinaison des diverses énonciations de la clause, soit sur l'intention et la volonté des parties.

Promesse d'instituer. — Avant d'abandonner le chapitre relatif aux conditions de forme, il nous semble utile d'examiner un cas qui s'est présenté assez fréquemment autrefois et qui se produit encore de temps à autre aujourd'hui. Nous voulons parler de la promesse d'instituer.

Au lieu de déclarer clairement ou d'une façon expresse qu'il institue; au lieu de faire donation de son hérédité, le disposant se borne à promettre au gratifié qu'il l'instituera.

Quelle est la valeur de cette promesse?

Spontanément, on est tenté de dire que puisqu'il n'y a pas eu d'institution proprement dite dans le contrat de mariage, on ne pourra y remédier ultérieurement, car ce qu'on pourrait faire ne serait pas fait dans le contrat de mariage, seul support possible de l'institution contractuelle.

Cependant, à la réflexion, ne pourrait-on affirmer que c'est sur le fondement de cette promesse qu'a eu lieu l'établissement des époux, et qu'il serait inique de les priver d'un bénéfice qu'ils pouvaient croire leur être acquis et sur l'espérance duquel ils se sont unis? C'était bien là l'opinion courante dans l'Ancien Droit. BOURJON (IV page 70), LEBRUN (n° 44 page 30), BOUCHEUL (chap. 1^{er} n° 12 p. 8), FURGOLE (page 104) ne voient aucune différence entre l'institution pure et simple et la promesse d'instituer.

Les auteurs modernes sont également, à peu d'exceptions près, parmi lesquelles figure le Rép. DALLOZ, n^{os} 1992 et 1994, pour l'assimilation de la promesse d'instituer à l'institution proprement dite. Nous citerons notamment TROPLONG (n° 2358 p. 514), DELVINCOURT (tome II, page 639), ROLLAND DE VILLAGUES (n° 47, page 390), COIN-DELISLE (n° 67 page 571); MERLIN (§ VI, n° II, p. 235).

La jurisprudence moderne a, d'autre part, consacré cette doctrine dans le seul arrêt que nous ayons trouvé sur la ques-

tion. Le cas était un peu spécial : une femme qui avait des enfants d'un premier lit avait fait, dans le contrat préalable à son second mariage, une promesse d'instituer en faveur de l'un des enfants qu'elle espérait avoir de cette seconde union. La Cour de Riom a reconnu en son arrêt du 18 décembre 1816 ¹ comme valant institution véritable, la promesse faite par ladite femme et a fait partager la quotité disponible de sa succession entre les cinq enfants de son second mariage à l'exclusion de ceux du premier lit, aucun choix entre ces cinq enfants n'ayant été fait par la mère comme il avait été prévu dans le contrat qu'elle le ferait.

Nous souscrivons sans restriction à l'opinion commune mais nous n'assimilons pas, comme l'ont fait plusieurs auteurs modernes après DUMOULIN, la promesse d'instituer à la promesse de vente dont traite l'article 1589 du Code Civil. Il y a bien dans un cas, la chose, le prix et le consentement requis, dans l'autre cas la chose donnée, un donateur, un donataire et la solennité du contrat de mariage; mais, la promesse de vente est, en principe, unilatérale et ne lie par conséquent que le vendeur; celui-ci peut, d'autre part, être dégagé de son obligation par l'acheteur, tandis que l'institution contractuelle, ainsi que nous le verrons plus tard, est nécessairement synallagmatique et irrévocable. Nous ne nions d'ailleurs pas qu'il y ait grande analogie entre les deux espèces, mais nous jugeons plus rationnel, pour étayer notre opinion, de la fonder sur l'intention des parties. Nous avons vu qu'il n'y a pas de termes sacramentels pour que l'institution contractuelle soit parfaite. Dès lors que les conditions de forme ont été respectées, que le juge présume, d'après les termes du contrat, l'intention des parties de faire une institution contractuelle, il doit sanctionner cette intention et la déclarer efficace.

Or, si la promesse d'instituer n'avait d'autre valeur, pour le gratifié, qu'un vague espoir qu'il sera l'héritier du disposant — si toutefois celui-ci persiste dans ses intentions généreuses — pour ce dernier, qu'un engagement moral non seu-

1. Riom, 18 déc. 1816; S. chr., t. 5-2-215. *Rép. DALLOZ*, n° 1993.

lement résiliable à sa volonté, mais résilié irrémédiablement dès sa formation faute de correction dans la façon de s'être exprimé, il est plus que probable que ces deux contractants se fussent abstenus de ce que nous pourrions appeler une comédie. Non; si le disposant a dit : « Je promets de vous instituer », il a voulu dire, et c'est indubitablement ce qu'a compris le futur époux ainsi gratifié : « Je promets que vous serez mon héritier, que vous bénéficierez de ma succession. » Et cette promesse de succession dans un contrat parfait en la forme, n'est-ce pas notre institution contractuelle? Nous dirons avec COIN-DELISLE¹ : « Qu'importe que les termes d'un acte
« soient conçus au temps futur, quand son effet ne peut avoir
« lieu que dans l'avenir? C'est règle générale qu'on doit
« entendre les actes de manière à ce qu'ils produisent effet. »

1. COIN-DELISLE, sur art. 1082, n° 67, page 571.

CHAPITRE III

Objet de l'institution contractuelle.

Nous arrivons maintenant aux conditions de fond requises pour la validité de l'institution contractuelle. Nous les étudierons d'abord quant à l'objet du contrat, puis quant aux personnes.

Nous avons vu dans l'article 1082 que les pères et mères... etc., etc., pourront « disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès. »

L'article 1084, que nous étudierons à part mais qui n'est en somme qu'une modalité spéciale de la donation prévue à l'article 1082, dit encore : « ...Des biens présents et à venir, en tout ou partie. »

Universalité des biens. — Tous les biens, c'est l'universalité. Aucune difficulté ne peut être soulevée. L'instituant a disposé, en faveur de l'institué, de la totalité de son patrimoine, de tout ce qu'il laissera à son décès.

Quote-part de l'universalité. — Il peut n'avoir, par contre, disposé que d'une partie de ce tout, c'est-à-dire d'une fraction de ce patrimoine, représentée par un nombre arithmétique, deux tiers ou trois huitièmes par exemple. Il n'y a non plus aucune difficulté dans ce cas, mais est-ce là seulement ce que signifie le mot partie?

Nous l'avons déjà rencontré précédemment dans le Code Civil. Lorsque, dans l'article 895, le testateur dispose de « tout ou partie de ses biens »; lorsque, dans les articles 1048 et 1049 et dans la loi du 17 mai 1826 sur les substitutions permises, il est question de « tout ou partie » des biens, tout le

monde est d'accord pour entendre par partie soit une partie aliquote de l'universalité, soit un groupe de biens de même nature, meubles ou immeubles, soit même des biens taxativement déterminés, ou, pour employer la terminologie juridique, les legs de « partie » des biens comprennent les legs à titre universel et les legs à titre particulier.

Biens particuliers. — Est-ce que l'institution contractuelle ne pourrait pas être faite de la même façon, c'est-à-dire notamment à titre particulier?

On ne voit pas bien ce qui pourrait exclure une semblable institution. Si je puis disposer, de la façon envisagée, de tous mes biens, ou d'une fraction de tous mes biens, ce qui d'ailleurs, ainsi que nous le verrons, ne m'empêche pas de les aliéner ultérieurement à titre onéreux, il n'y a aucune raison pour que je n'en puisse pas faire autant d'un seul bien précis, déterminé, ou d'un groupe de ces mêmes biens. Si je puis les léguer, je puis aussi les donner en une donation qui n'aura — comme le testament — ses effets qu'à ma mort et — toujours comme le testament — seulement s'ils existent dans mon patrimoine. Si l'on est tenté quelquefois de comparer l'institution contractuelle au testament, nous pensons qu'il n'y a pas de cas plus judicieux que celui-ci pour le faire.

Nous ne sommes pas du tout de l'avis de POUJOL¹ ni de DURANTON², qui voient dans cette disposition une donation entre vifs de biens présents régie par l'art. 1081, donation entre vifs avec réserve tacite d'usufruit. Nous pensons au contraire, avec la très grande majorité des auteurs, que l'institution contractuelle à titre particulier est parfaitement valable. Elle diffère de la donation qu'y voit DURANTON par la possibilité d'être réduite à néant dans ses effets si l'instituant vient, avant sa mort, à disposer à titre onéreux des biens qu'elle englobe.

Certes, le vocable d'institution contractuelle prêterait à

1. POUJOL, sur l'art. 1082, n° 2, p. 492.

2. DURANTON, n° 676, page 674.

n'envisager que la possibilité des libéralités à titre universel; il fait naître l'idée d'une succession, donc d'une universalité. Mais n'oublions pas que cette expression ne figure pas dans nos textes, et qu'elle n'est qu'un souvenir du passé. Sans adopter totalement le point de vue de TROPLONG¹ nous ne pouvons cependant nier qu'il y ait beaucoup de vrai lorsqu'il dit : « Comme qui peut le plus peut le moins, il faut dire que l'instituant est maître, à plus forte raison, de ne faire par son institution qu'un legs particulier, l'institution contractuelle n'étant qu'un testament par contrat, se prête aux mêmes variétés que le testament lui-même. »

La jurisprudence sur ce point présente des contradictions.

Nous relevons plusieurs décisions qui semblent ne pas admettre la possibilité d'une institution contractuelle d'objet déterminé. Il en est ainsi notamment, d'après

BOURGES 2 Mars 1807; S. chr. t. 2-2-207.

Dans un contrat de mariage passé le 10 mai 1780 (et régi en conséquence par l'ordonnance de 1731), des père et mère avaient donné à leur fils, à titre de préciput, « le bien de VENINGES, tel qu'il consistera au temps de leur décès. » La Cour de BOURGES a prétendu que ces mots : « Tel qu'il consistera au temps de leur décès », expriment seulement « le moment où doit commencer la jouissance du fils et l'obligation qu'ils lui imposent de ne pouvoir inquiéter leurs héritiers pour le mode de jouissance que les donateurs auraient adopté, les réparations qu'il y aurait à y faire ». « La donation entre vifs et l'institution contractuelle, disait encore l'arrêt, peuvent se ressembler à ce point que l'effet en est suspendu pendant la vie du donateur et de l'instituant, mais que si la disposition est pour la succession entière, la moitié, le quart, etc... c'est une institution; si

1. TROPLONG, n° 2364, p. 521.

« elle n'a trait qu'à un objet isolé, un corps déterminé, c'est donation ou legs. »

Un attendu de METZ 5 Août 1819; S. 21-2-7; S. chr. t. 6-2-123 est également dans ce sens, bien qu'il ait eu à décider sur une institution de somme d'argent, qu'il a admise parce que son objet était une somme de deniers qui, quoique fixe et déterminée, ne constitue néanmoins qu'une chose incertaine et éventuelle.

Il s'agissait d'une donation aux époux, par contrat de mariage, en la meilleure forme que donation puisse être, de 150.000 livres à prendre dans la succession des père et mère et avant partage. La Cour jugea que la donation était une institution contractuelle et nous relevons, concernant le cas qui nous occupe : « Attendu qu'il ne s'agit pas dans cette donation d'un objet certain et présent, tel qu'un immeuble ou un contrat, dont la propriété eût incontestablement passé aussitôt au donataire, sauf l'usufruit tacitement retenu aux donateurs... »

De même, l'arrêt de Req. 16 mai 1834; S. 34-1-406, considère comme donation entre vifs par contrat de mariage, une donation d'objets déterminés (une rente annuelle et viagère de 1.000 francs plus des meubles d'une valeur de 600 francs), quoique cette donation fût soumise à la condition éventuelle de survie (il s'agissait d'une donation d'un époux à l'autre pour le cas où il lui survivrait).

« attendu que par cela que ladite donation était soumise à des éventualités qui pouvaient en altérer, même anéantir l'effet, elle n'en était pas moins une donation entre vifs irrévocable, et saisissant le donataire du jour du mariage... »

Par contre, les arrêts ci-après ont bien considéré comme institutions contractuelles des donations d'objets particuliers à prendre dans la succession du donateur. D'autre part, nous renvoyons, pour plus ample documentation, à ce que nous

disons plus loin des institutions de somme d'argent et nous en concluons que la jurisprudence, comme la doctrine, estime que « partie des biens » veut tout aussi bien dire, en matière d'institution contractuelle, « objets taxativement déterminés » que partie aliquote de l'universalité du patrimoine, ou de tous les immeubles, ou de tous les meubles.

Req. 20 nov. 1833; S. 33-I-851,

considère comme donation à cause de mort, c'est-à-dire comme institution contractuelle, la donation par contrat de mariage, par un père et une mère, chacun en leur succession, d'un immeuble (sous réserve d'usufruit) pour, par le donataire, en prendre possession dans l'état où il le trouvera dans la succession de ses père et mère. Et cependant, l'immeuble était dit donné en toute propriété au donataire et aux siens, et les donateurs s'étaient interdit de vendre ou hypothéquer.

Même décision dans Civ. cass., 23 mars 1840; S. 40-I-475,

pour une donation entre époux faite par contrat de mariage d'un immeuble déterminé et des accroissements qui pourront y être faits, pour par le donataire en jouir seulement au décès du donateur et en cas de survie.

Biens à venir proprement dits. — Nous venons de constater que l'institution contractuelle peut se faire d'un objet déterminé, d'un bien particulier. Précédemment, nous avons vu qu'elle peut embrasser — et c'est ce qui a lieu le plus souvent — la totalité ou une quote-part des biens que le disposant laissera à son décès, ceux-ci comprenant les biens dont il était déjà propriétaire au jour du contrat et ceux qu'il acquerra par la suite, c'est-à-dire ses biens présents plus ses biens à venir proprement dits, vus de l'époque du mariage. Une question se pose alors naturellement : le donateur pourrait-il disposer de ses seuls biens à venir, c'est-à-dire de ceux qu'il

acquerrait après le contrat, à l'exclusion de ceux dont il était déjà propriétaire au moment de l'institution? Il n'en faut point douter. L'article 943 défend la donation entre vifs qui « comprendrait » des biens à venir et à plus forte raison, une donation qui ne serait faite que de ces biens. Or, l'article 947 le rend inapplicable aux donations dont il est question à notre chapitre; donc, la donation par contrat de mariage de biens à venir proprement dits est parfaitement valable, et l'article 1082 peut aussi s'interpréter dans le même sens, puisque les biens à venir proprement dits du donateur peuvent être considérés comme partie des biens qu'il laissera à son décès, la partie de ces biens dont il n'est pas encore propriétaire mais qu'il acquerra ultérieurement ¹.

Sommes d'argent. — Maintenant, il est un « objet déterminé » sur lequel nous ne pourrions que difficilement passer silence car il a donné lieu à une quantité considérable de décisions de justice : c'est la somme d'argent.

Il semblerait à première vue qu'il ne dût point s'élever de difficultés sur la possibilité de faire une institution contractuelle de somme d'argent. Puisqu'il vient d'être admis, en effet, qu'un corps certain peut faire l'objet de l'institution contractuelle, on peut dire qu'une somme d'argent d'un montant donné est assimilable à un objet déterminé, ce qui doit résoudre la question.

Il n'en est cependant rien et cela est dû à la fongibilité du numéraire. Ce que l'instituant peut promettre, ce ne sont pas tels deniers qu'il possède, qu'il peut montrer, auxquels il peut donner une identité certaine en relevant les numéros des billets ou en poinçonnant les pièces d'un signe distinctif; ce ne sont pas des deniers qu'il met dans un coffre et qui ne sont pas susceptibles d'être remplacés par d'autres. La somme d'argent n'est pas un corps certain dans le sens propre du mot.

De ce fait, l'institution contractuelle d'une somme d'argent se résoud en la donation d'une somme de même montant à

1. En ce sens : DEMOLOMBE, n° 365, page 396.

prendre sur la succession de l'instituant, en la donation d'une somme payable à son décès. On perçoit de suite l'ambiguïté de cette disposition. La clause : « payable au décès », en laquelle s'analysent les diverses formules que peuvent employer les disposants dans le contrat, est parfaitement susceptible en soi, d'être considérée comme l'expression d'un terme incertain. Des arrêts importants n'ont d'ailleurs pas manqué de le concevoir ainsi, qui ont vu dans la disposition contenue au contrat de mariage, la donation entre vifs, actuelle et irrévocable, de ladite somme d'argent, mais payable seulement plus tard, à un moment qui sera déterminé par le décès du disposant.

Et c'est là toute la question : ne faut-il pas **toujours** voir dans une telle disposition, une donation entre vifs à terme et non une institution contractuelle dont les effets accessoires dirons-nous, ne sont pas les mêmes que ceux de la donation proprement dite, encore que l'effet principal soit identique dans les deux cas, à savoir de faire bénéficier le donataire, à l'époque du décès du donateur, de la somme qui lui a été « donnée » ?

Tout en ne niant pas qu'il puisse avoir été effectivement dans l'intention des parties de faire une telle donation entre vifs, nous n'hésiterons cependant pas à affirmer que l'on peut considérer aussi, suivant les circonstances de l'espèce, que le donateur a bel et bien entendu faire une institution contractuelle de la somme stipulée au contrat, comme il eût pu le faire de tels immeubles déterminés ou de telle fraction de tout son patrimoine.

Suivant nous, c'est donc une question d'interprétation de volonté. La recherche de celle-ci peut être laborieuse et les avis peuvent se partager sur la signification et la portée des termes et des circonstances de l'acte, mais il n'en est pas moins vrai que les juges, dont c'est la fonction d'interpréter, peuvent dire souverainement que telle donation de somme d'argent, à prendre dans la succession du donateur, est une institution contractuelle de cette somme.

La jurisprudence est d'ailleurs en ce sens et il est intéressant de parcourir la collection assez importante des décisions qui ont trait à cette espèce.

Dès qu'ils croient rencontrer dans l'acte les caractères distinctifs de la donation entre vifs c'est-à-dire l'actualité et l'irrévocabilité, les juges n'hésitent pas à sanctionner ce caractère. Ainsi, la qualification de donation entre vifs actuelle et irrévocable leur a parfois semblé suffisante :

Req. 19 juin 1876; S. 76-1-419;

CAEN, 5 mars 1879; S. 80-2-68;

(dans cette dernière espèce figurait aussi une clause de dispense de rapport.)

Par contre, la qualification de donation entre vifs, avec réserve d'usufruit, attendu que la donation ne comportait point de dessaisissement actuel et irrévocable de la part du donateur, ne les a pas influencés et ils ont vu en cette donation une Institution contractuelle :

ROUEN, 5 mars 1834; S. 34-2-582, et, sur pourvoi,

Req. 15 juillet 1835; S. 36-1-153.

La Cour de Cassation a également déclaré comporter une donation entre vifs, la clause que « le donateur déclare se dessaisir actuellement et irrévocablement sans aucune stipulation de garantie ni tradition réelle. »

Civ. cass. 25 mars 1825; S. 26-1-15.

Il faut d'ailleurs observer que dans cette espèce, la donation n'avait pas été faite par contrat de mariage et que les juges ont peut-être voulu donner effet à un acte qui, sans cela, n'en eût pas eu (art. 1157).

Une des clauses qui marquent le plus l'actualité et l'irrévocabilité de la donation de somme d'argent, est celle qui affecte à ladite donation une garantie de paiement, plus particulièrement une garantie hypothécaire. La présence d'une telle clause dans le contrat lui donne le caractère de donation entre vifs :

Civ. cass. 17 avril 1826; S. chr. t. 8-1-320;

Civ. cass. 6 août 1827; S. chr. t. 8-1-661;

Trib. de CLERMONT 11 janv. 1848; D. P. 48-5-146;

BESANÇON 15 mai 1854; D. P. 56-2-238.

En conformité avec ce qui précède, d'autres décisions se fondent, dans leurs attendus, sur l'absence de cette garantie pour, les autres circonstances le permettant, ne voir dans la donation de somme d'argent à prendre sur la succession, qu'une institution contractuelle :

ROUEN, 5 mars 1834 déjà cité; S. 34-2-582, et, sur

pourvoi, Req. 15 Juil. 1835 déjà cité; S. 36-1-153;

Trib. Seine 9 fév. 1848; D. P. 48-5-145;

BESANÇON 9 juin 1862; S. 62-2-469.

La stipulation du droit de retour intervient également dans quelques arrêts comme un argument en faveur de la qualification de donation entre vifs « car... et le droit de retour ne « se comprend que de ce qui est déjà sorti des mains du donateur » dit

Req. 17 Janvier 1844; S. 44-1-128.

C'est uniquement sur le droit de retour que s'était déjà fondé

Civ. cass. 28 janv. 1839; S. 39-1-103.

Dans le même sens :

Civ. cass. 17 avr. 1826 déjà cité; S. chr. t. 8-1-320;

Civ. cass. 6 Août 1827 déjà cité; S. chr. t. 8-1-661;

Ch. réunies cass. 8 déc. 1831; S. 32-1-192;

Civ. rej. 11 déc. 1844; D.P. 45-1-124;

Tr. CLERMONT 11 janv. 1848 déjà cité; D.P. 48-5-146;

PAU 7 Juin 1872; D.P. 73-2-76.

contra :

Trib. Seine 9 fév. 1848 déjà cité; D.P. 48-5-145.

La stipulation d'intérêts à payer par le donateur au donataire est une cause déterminante d'actualité; donc le contrat est une donation entre vifs :

BESANÇON 15 Mai 1854 déjà cité; D.P. 56-2-238;

Ch. réunies cass. 8 déc. 1831 déjà cité; D.P. 32-1-192;
Req. 17 Janvier 1844 déjà cité; S. 44-1-128;

« car, dit ce dernier arrêt, on ne paie les intérêts que
« pour un capital dont on est débiteur actuel. »

C'est aussi en partie parce qu'il n'y a pas eu stipulation d'intérêts dans les contrats soumis à leur appréciation, que les décisions ci-après y ont vu une institution contractuelle et non une donation entre vifs proprement dite.

Trib. SEINE 9 fév. 1848 déjà cité; D.P. 48-5-145;

Trib. BRIGNOLES 8 fév. 1899; D.P. 1901-2-36;

METZ 5 août 1819; S. chr. t. 6-2-123 et, sur pourvoi,

Req. 1^{er} mars 1821; S. chr. t. 6-1-390.

La contradiction n'est qu'apparente entre les décisions précédentes et celle de :

Req. 13 Juin 1914; D.P. 1917-1-185.

Il y avait bien eu, dans cette dernière espèce, stipulation d'intérêts, mais ceux-ci devaient se capitaliser avec la somme qui faisait l'objet de la libéralité, le tout n'étant exigible que dans les six mois du décès. Comme le donateur s'était réservé la faculté de faire, de la somme donnée, l'emploi qu'il jugerait convenable sans la participation des futurs époux, c'est à juste raison que la Cour de Cassation a vu dans cette donation une institution contractuelle.

La réserve d'usufruit a quelquefois aussi été considérée comme l'une des présomptions concordantes en faveur de l'interprétation du contrat critiqué comme donation entre vifs.

Trib. CLERMONT 11 janv. 1848 déjà cité; D.P. 48-5-146.

PAU 7 juin 1872 déjà cité; D.P. 73-2-76.

Par contre, les décisions suivantes n'y ont attaché aucune importance :

ROUEN 5 Mars 1834 déjà cité; S. 34-2-582, et, sur pourvoi,

Req. 15 juil. 1835, déjà cité; S. 36-1-153.

Enfin, d'autres décisions se bornent à énoncer que des donations de sommes payables après le décès du donateur sont des donations entre vifs, nonobstant le terme fixé pour le paiement :

BORDEAUX 5 juil. 1839; S. 40-2-103;

AGEN 10 Juin 1851; S. 51-2-445.

L'arrêt de la Chambre civile déjà cité, du 11 décembre 1844; D.P. 45-1-124 se fonde sur la qualification de donation entre vifs, sur la stipulation du droit de retour dont il a déjà été question, sur l'acceptation du donataire, et sur le fait que celui-ci est qualifié de propriétaire à compter du jour du contrat. AGEN 10 Juin 1851; D.P. 51-2-227 établit une différence entre la donation d'une somme d'argent exigible au décès du donateur, qui serait une donation entre vifs, et la donation d'une somme d'argent à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès.

En résumé, on peut conclure de l'étude de la jurisprudence, que ses décisions ne contestent pas la possibilité de faire une institution contractuelle de somme d'argent, bien qu'en fait la plupart d'entre elles aient analysé le contrat en une donation entre vifs. Si elles l'ont jugé ainsi, c'est que d'après les circonstances, il leur est apparu que telle avait été l'intention du donateur. Mais, en droit, l'institution contractuelle d'une somme d'argent est parfaitement possible et valable, et elle sera sanctionnée juridiquement si l'intention de la faire est reconnue.

En plus des nombreux arrêts déjà cités plus haut nous pouvons encore renvoyer le lecteur à :

Bordeaux, 6 avril 1892; D. P. 93-2-274;

Aix, 8 juin 1888; S. 89-2-137 avec note Naquet;

Req. 9 juillet 1889; S. 92-1-338.

Biens dotaux. — On sait que les biens dotaux sont inaliénables, aussi bien par la femme que par le mari, ou par les deux conjointement (art. 1554). En note sous Civ. rej. 24 nov.

1914; S. 1920-1-249, M. NAQUET dit que « l'inaliénabilité dotale
« repose sur l'idée d'incapacité de la femme. Les biens dotaux
« ne sont pas frappés d'une indisponibilité réelle. Leur indis-
« ponibilité découle non de la condition du fonds dotal mais
« de l'incapacité de la femme considérée comme impuissante
« à se défendre contre l'ascendant de son mari. »

Nous ne saurions souscrire à ce point de vue. En effet, si le mariage vient à se rompre, la femme peut faire sur les biens qui étaient dotaux et qui ne le sont plus, toutes les opérations permises à une personne capable. L'impossibilité dans laquelle elle se trouvait auparavant d'en disposer, provenait de leur situation de biens dotaux, frappés comme tels d'une indisponibilité réelle, plutôt que d'une incapacité spéciale due à sa situation de femme dotale et que la loi aurait ajoutée à son incapacité ordinaire de femme mariée. La meilleure preuve c'est que, de ses biens paraphernaux, la femme dotale peut, pourvu qu'elle soit nantie de l'autorisation nécessaire, disposer comme elle voudra.

La question qui nous préoccupe est donc de savoir si la femme dotale peut, pendant le mariage, faire une institution contractuelle ayant pour objet tout ou partie de ses biens dotaux. L'article 1554, avons-nous vu, interdit l'aliénation des biens dotaux. Le problème se résume donc à voir si, en donnant ses biens dotaux par voie d'institution contractuelle, la femme dotale les aliène.

D'éminents auteurs se sont partagés, les uns optant pour l'affirmative et niant à la femme la possibilité de faire une institution contractuelle, les autres au contraire optant pour la négative et la parfaite validité d'une institution des biens dotaux.

NEGATIVE. — Voyons les arguments de ceux-ci. Quel est le résultat, en somme de l'institution contractuelle? Par ce contrat, la femme ne donne rien, ne se dépouille en aucune façon ni n'enlève à la dot sa destination, qui est de subvenir aux charges du ménage. Elle s'interdit seulement, comme nous le verrons ultérieurement, de disposer à titre gratuit de ces mêmes

biens; elle s'interdit de tester quant à ces biens ¹; « elle fait « tout simplement un testament irrévocable » ². Elle n'aliène pas « parce qu'elle demeure libre d'hypothéquer et de vendre si « jamais elle en recouvre la faculté » ³. Ils prétendent que telle était la solution de l'Ancien Droit (GRENIER, VAZEILLE) et que d'autre part, étant donné « la faveur attachée à cette disposition, puisqu'elle tend à faciliter les mariages, elle mérite plutôt d'être étendue que restreinte » (GRENIER).

AFFIRMATIVE. — Les autres, et notamment MM. BONNET, LAURENT, DEMOLOMBE, BAUDRY-LACANTINERIE, AUBRY et RAU, démontrent que l'institution contractuelle est bien une aliénation, et, comme telle, prohibée à la femme dotale en ce qui concerne ses biens dotaux, par l'article 1554. Il leur suffit de savoir qu'en faisant une institution la femme aliène une partie de son « droit de propriété », la partie qui consiste en la faculté de disposer à titre gratuit. Elle peut léguer ses biens dotaux parce que le testament reste dans la capacité de toute femme mariée, dotale ou non, parce que ce testament est révocable *ad nutum* mais elle ne peut pas faire ce testament irrévocable, comme l'a appelé TROPLONG, qui s'appelle l'institution contractuelle. Et d'ailleurs l'inaliénabilité dotale n'a pas été proclamée pour la femme seulement. Elle a été établie tout aussi bien dans l'intérêt des enfants et « ce serait aller directement contre l'esprit de la loi, « que de permettre à cette dernière (la femme) de s'enlever, « par une institution contractuelle faite en faveur d'un étranger, la faculté de disposer de ses immeubles dotaux, au profit « de ses enfants ⁴. » « Aliéner, en effet, dans le langage des « lois, c'est transférer la propriété de sa chose *d'une façon quelconque* ⁵. Sa propriété est affaiblie. Les enfants nés « avant la disposition sont moins bien traités que ceux qui

1. DURANTON, n° 724, p. 721.

2. TROPLONG, n° 2371, p. 526.

3. GRENIER, n° 431, p. 341. — Voir aussi DELVINCOURT, tome 2, p. 639.
— VAZEILLE, n° 16, p. 293.

4. AUBRY et RAU, note n° 9, p. 654.

5. BONNET, n° 330, p. 47.

« pourraient survenir après, au cas où il n'y en aurait pas au
« moment de la donation ¹. »

JURISPRUDENCE. — En ce qui concerne la jurisprudence, nous n'oserions dire qu'elle est partagée. Il y a bien quelques arrêts en faveur de l'institution contractuelle des biens dotaux, mais outre qu'ils émanent tous de Cours d'Appel, certaines de celles-ci ont varié par la suite.

Nous pensons qu'il n'est pas superflu de nous étendre sur ce point controversé. Il est, à notre avis, moins besoin de développer autant les points qui ont rallié l'unanimité ou presque de la doctrine et de la jurisprudence; mais lorsqu'il s'agit de choisir entre deux opinions diamétralement opposées, soutenues avec d'excellents arguments de part et d'autre par de savants auteurs dont la pensée se reflète dans les attendus des décisions judiciaires, nous estimons qu'aucune lumière, si pâle soit-elle, n'est superflue et c'est pourquoi, indépendamment des points de vue purement doctrinaux que nous avons fait connaître précédemment, nous donnons ci-après l'image aussi exacte que possible de la jurisprudence à qui nous avons largement emprunté. Nous n'encourons pas, en tous cas, le reproche d'amasser des matériaux à l'appui de notre thèse, car malgré l'énorme majorité des arrêts défavorables à l'institution faite par une femme dotale, nous soutenons au contraire, avec les auteurs précédemment cités, qu'elle doit être, et qu'elle est parfaitement valable.

Nous commencerons par donner les principaux arguments sur lesquels se fonde la jurisprudence, pour nier à la femme dotale la possibilité de faire une institution contractuelle de ses biens dotaux.

Celui qu'on rencontre le plus, et c'est normal puisque nous avons vu que tout le problème réside en la seule question de savoir si l'institution contractuelle constitue une aliénation ou non, est le suivant : l'institution est une aliénation au moins partielle, du fait qu'elle interdit à la donatrice de disposer

1. BONNET, n° 331.

dorénavant et à titre gratuit des objets donnés, si ce n'est pour sommes modiques. La donatrice n'a plus la plénitude de son droit de propriété. On peut le glaner dans

NIMES 18 fév. 1834; S. 34-2-276;

CAEN 16 août 1842; S. 43-2-74;

AGEN 28 janv. 1856; S. 56-2-201; D. P. 56-2-96;

AGEN 21 juil. 1873; S. 73-2-182; D. P. 74-2-53;

ROUEN 8 juin 1874; S. 74-2-303.

Les arrêts ci-après considèrent aussi que l'institution contractuelle provoque la privation de l'une des prérogatives les plus précieuses du droit de propriété : celle de disposer à titre gratuit.

POITIERS 13 juillet 1876; S. 76-2-291, et sur pourvoi

Req. 8 mai 1877; S. 77-1-252;

Req. 25 av. 1887; S. 87-1-320; D. P. 88-1-169.

L'argument qui a le plus de faveur ensuite est celui qui s'appuie sur l'intérêt des enfants de la femme dotale. Celle-ci ne pourrait plus, est-il dit, consacrer ses biens dotaux à l'établissement de ses enfants, ce qui est cependant, sinon la principale destination de la dot, tout au moins l'un des principaux buts visés lors de sa constitution. En ce sens :

NIMES 18 fév. 1834 déjà cité; S. 34-2-276;

CAEN 16 août 1842 déjà cité; S. 43-2-74;

CAEN 28 mars 1843; S. 49-2-703;

GRENOBLE 13 août 1875; S. 75-2-323; D. P. 78-2-27.

POITIERS 13 juil. 1876 déjà cité; S. 76-2-291 et sur
pourvoi

REQ. 8 mai 1877 déjà cité; S. 77-1-252.

L'interdiction de faire une institution contractuelle de biens dotaux aurait aussi pour but d'obvier à la faiblesse de la femme, à l'influence du mari :

AGEN 28 janv. 1856; S. 56-2-201; D. P. 56-2-96.

Le même arrêt et un autre de la même Cour :

AGEN 21 juil. 1873; S. 73-2-182; D. P. 74-2-53,

rejettent l'argument de validité tiré de l'Ancien Droit, le Code civil ayant soumis le régime dotal à des règles absolues et n'ayant admis à l'inaliénabilité du fonds dotal que des exceptions claires et précises.

C'est aussi l'argument de GRENOBLE 13 août 1875 déjà cité; S. 75-2-323; D. P. 78-2-25,

les articles 1555 et 1556 ne permettant que les dispositions en faveur des enfants, ce qui exclut toute disposition en faveur d'autres personnes. Nous verrons plus loin qu'en décidant ainsi, la Cour de Grenoble s'est déjugée.

Quelques attendus illustreront l'énumération ci-dessus. Ainsi, nous pouvons lire dans l'arrêt de Nîmes du 18 février 1834 :

« La femme liée par cette institution ne pourrait plus dis-
« poser de sa dot, comme la loi l'y autorise, par donation
« après la dissolution du mariage, ni pendant sa durée, par
« testament en faveur de toute personne, ni même d'une ma-
« nière et à une époque quelconque, en faveur de ses enfants...
« qu'en effet, la propriété consiste essentiellement dans le
« droit d'en user de la manière dont les lois nous autorisent à
« le faire et qu'il est impossible de ne pas voir une aliénation
« là où l'on s'est irrévocablement interdit l'usage de cette fa-
« culté... »

L'arrêt de ROUEN du 8 juin 1874 n'est pas moins catégo-
rique :

« La propriété étant le droit de jouir et de disposer des
« choses de la manière la plus absolue, l'interdiction de dis-
« poser, à titre gratuit, est un démembrement partiel, mais
« réel de ce droit absolu de propriété, et constitue dans l'espèce
« une aliénation du fonds dotal. »

Vingt ans plus tôt la même Cour avait jugé en sens opposé.

Enfin, nous relevons dans l'arrêt de rejet de la Chambre
des Requêtes du 8 mai 1877 :

« Attendu que la donation de biens à venir emporte le des-
« saissement, la perte immédiate et irrévocable d'un des attri-

« buts essentiels du droit de propriété, puisqu'elle enlève au
« donateur la faculté de disposer, à titre gratuit, des objets
« compris dans la donation; qu'elle constitue ainsi l'aliénation
« manifeste d'une des prérogatives les plus importantes de la
« propriété dotale, dont la destination est de pourvoir non
« seulement à l'entretien du ménage, mais encore à l'établis-
« sement des enfants... rejette. »

Par ailleurs, dans un arrêt du 11 juillet 1877 :

Req. 11 juill. 1877; S. 77-1-443; D. P. 78-1-62,

la Cour de Cassation a encore jugé que l'institution contractuelle était bien une aliénation; il en résulterait, par conséquent, qu'elle serait interdite à la femme dotale sur ses biens dotaux. Dans cette affaire, défense avait été faite par testament à un légataire d'aliéner les biens légués avant d'avoir atteint un âge déterminé. Une institution contractuelle faite pendant la période de prohibition fut annulée comme constituant une aliénation.

Dans Civ. rej. 24 nov. 1914; S. 1920-1-249, la nullité de l'institution sur biens dotaux semble aller de soi. Il y est question du contenu du mandat de gérer sa fortune qu'avait donné une femme dotale devenue veuve à un certain MAGE. La Cour d'appel a inclus dans ce mandat, la possibilité pour le mandataire de critiquer l'institution contractuelle faite par la femme dotale autorisée de son mari, sur ses biens dotaux. La Cour de Cassation a jugé que la Cour d'Appel n'avait fait qu'interpréter souverainement les faits de la cause et l'intention des parties.

Voyons maintenant la thèse opposée.

Quelques arrêts seulement, émanant tous de Cours d'Appel, ont reconnu la validité de l'institution contractuelle faite par une femme dotale sur ses biens dotaux.

Un des arguments à l'appui de cette solution consiste à constater que les auteurs du Code Civil ont voulu maintenir le régime dotal tel qu'il existait dans les pays de droit écrit. Comme dans ces pays l'institution des biens dotaux était va-

lable, il en résulte nécessairement qu'il en doit être de même sous le Code Civil. En ce sens.

GRENOBLE 11 juin 1851; S. 52-2-227; D. P. 52-2-272.

(V. aussi note sous BORDEAUX 8 mai 1871; S. 71-2-241.)

Dans ces arrêts, la dot est considérée comme moyen de supporter les charges du ménage, et ils constatent que l'institution contractuelle des biens dotaux n'influe en rien sur la façon de profiter des biens dotaux :

GRENOBLE 11 juin 1851, déjà cité.

ROUEN 18 nov. 1854; S. 55-2-547.

Les suivants ne reconnaissent pas le caractère d'aliénation à la confection d'une institution contractuelle, car celle-ci n'enlève pas au donateur le droit de disposer à titre onéreux des biens qui ont fait l'objet de sa libéralité :

NIMES 1^{er} fév. 1867, D. P. 68-2-134; S. 67-2-136;

BORDEAUX 8 mai 1871; D. P. 72-2-5; S. 71-2-241.

L'arrêt de Grenoble déjà cité s'appuie en outre sur ce qu'aucun article du Code ne refuse formellement à la femme la faculté de disposer de ses biens dotaux par une institution contractuelle, mode introduit en faveur du mariage et que l'article 1082 du Code permet à tout individu ayant l'exercice de ses droits.

NIMES 1^{er} fév. 1867; S. 67-2-136, déjà cité,

fait remarquer que la famille n'a rien à redouter; qu'en outre, pour les enfants nés au moment où l'institution est faite, celle-ci ne cause pas plus de préjudice qu'un testament dont la validité n'est pas douteuse.

Enfin, nous terminerons cette présentation des quelques arrêts en faveur de l'institution des biens dotaux par un extrait des attendus de

BORDEAUX 8 mai 1871, déjà cité; S. 71-2-241;

« La Cour... attendu que si l'instituant se met dans l'impossi-
« bilité de disposer à titre gratuit des biens auxquels elle s'ap-
« plique (l'institution) on n'en saurait conclure que cette res-
« triction volontaire puisse enlever à l'institution son carac-

« tère essentiel et dominant de disposition à cause de mort pour
« lui imposer celui d'acte d'aliénation; qu'en effet, la propriété
« reste intacte et ne subit par là ni démembrement ni par-
« tage; que, seule, la capacité de disposer est atteinte et modi-
« fiée, comme elle l'est par la dotalité elle-même, comme elle
« l'est aussi par la minorité, l'interdiction ou la dation de
« conseil judiciaire; d'où il suit qu'à ce point de vue non plus,
« la dotalité ne peut faire obstacle à l'institution contractuelle,
« ni en entraîner la nullité... »

NOTRE OPINION. — En ce qui nous concerne, et dût-on nous taxer de présomption pour aller ainsi à l'encontre de la quasi-unanimité de la jurisprudence, nous estimons que rien n'empêche la femme dotale de faire une institution contractuelle sur ses biens dotaux. Nous semblons être ainsi en contradiction avec nous-même puisque nous avons montré que cette institution est une donation entre vifs. Il est certain, en effet, qu'une donation entre vifs proprement dite est prohibée de la façon la plus formelle, de la part de la femme dotale, lorsqu'elle a pour objet des biens dotaux. Mais nous ne devons pas oublier que l'institution contractuelle participe, quant à ses effets, de la nature du testament. Nous verrons plus loin qu'une fois l'institution contractuelle ouverte par le décès de l'instituant, jamais plus, si ce n'est peut-être pour la prise éventuelle en considération de la date du contrat, nous n'aurons à nous rappeler que l'institution contractuelle est une donation entre vifs. Or, n'est-il pas ici question d'un effet de l'institution? La loi interdit les aliénations à la femme dotale, c'est d'accord. Elle ne les lui permet, et c'est une exception d'interprétation stricte, que dans des cas nettement déterminés. Nous ne le contestons pas plus. Mais nous revenons à ce que nous disions au début de l'étude de ce cas particulier : la question est de savoir si en faisant une institution contractuelle la femme dotale aliène quoi que ce soit. Nous soutenons le contraire. C'est à sa mort seulement, si l'on peut s'exprimer ainsi, qu'il y aura aliénation, c'est-à-dire à un moment où il n'y aura plus dotalité.

Nous entendons bien que la femme dotale s'interdit de disposer désormais à titre gratuit de ce dont elle a déjà disposé par une institution contractuelle, mais est-ce bien là, comme on veut le dire, un attribut si important du droit de propriété? Nous ne le croyons pas. En règle générale, le propriétaire n'est jaloux du droit que l'état actuel de nos mœurs lui accorde, que pour conserver son patrimoine, l'accroître si possible, nullement pour s'en priver, si peu que ce soit. Et s'il consent parfois à ce qu'une partie de ses biens passe sous le dominium d'un autre, c'est presque toujours en considération de la contre-partie que lui offre cet autre, et il y a alors échange mais non libéralité.

Nous ne nions d'ailleurs pas qu'il y ait parfois « intention de donner »; c'est d'ailleurs ce qui se produit en l'espèce, chez la femme dotale, par faveur de mariage.

Mais nous faisons nôtre l'opinion que ce n'est point là un démembrement de propriété. La donatrice reste tellement bien propriétaire, que si dans les cas qui lui sont autorisés, elle aliène réellement à titre onéreux les biens ayant fait l'objet de l'institution contractuelle, cette aliénation est parfaitement valable. Nous ne comprenons pas très bien comment un bien pourrait être aliéné deux fois de suite par le même propriétaire. Aliéner, nous semble-t-il, veut dire transférer un droit. Nous verrons que le bénéficiaire de l'institution contractuelle n'a aucun droit tant que vit sa bienfaitrice. Celle-ci, d'après nous, ne subit, par la perte de cette faculté de disposer à titre gratuit, que la sanction de l'obligation qu'elle a souscrite et qui, sans cela, serait trop facilement rendue illusoire.

Si nous reprenons les arguments tirés de la destination de la dot, nous arrivons à la même conclusion. La loi, en donnant la définition de la dot, donne aussi le but dans lequel elle est faite; « c'est ce que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage ». En faisant une institution contractuelle de biens dotaux, la femme altère-t-elle en quoi que ce soit l'étendue de sa dot? La fait-elle servir à d'autres fins? Aucunement. Le mari conserve l'intégralité de cette dot, dont il se sert pour les besoins de son foyer. Il ne perd l'usage des

biens qui la composent, à supposer qu'il survive, qu'au décès de sa femme ¹ c'est-à-dire à un moment où il n'y a plus état de mariage, ni régime matrimonial, ni dot. On nous dit que la dot sert aussi bien, on va même jusqu'à dire qu'elle sert surtout à l'établissement des enfants, et la meilleure preuve que l'on en administre c'est que dans les articles 1555 et 1556 la loi relève de leur inaliénabilité, les biens dotaux en faveur des enfants.

Il serait évidemment louable qu'il en fût ainsi et nous souhaiterions que cette destination de la dot eût été prévue par le Code, mais nous ne pensons pas que cela ait été fait. Nous croyons très fermement que le régime dotal a uniquement pour but de conserver à la femme la propriété de sa dot, quoi qu'il arrive pendant le mariage, et que les constituants de cette dot, toujours d'après la loi, n'ont pas envisagé que les enfants viendraient, avec leur mère, participer aux effets de l'inaliénabilité. La loi, par exemple, ne s'est pas du tout départie de sa rigueur pour envisager le cas où, de toute évidence, la femme qui se marie ne pourra plus avoir d'enfants : la dot reste quand même inaliénable. D'autre part, lorsque les liens du mariage sont rompus, lorsque la femme recouvre, avec la propriété qu'elle n'avait pas perdue, la possession c'est-à-dire l'administration de sa dot, elle peut en faire ce qu'elle veut. Qu'elle soit mauvaise mère ou qu'elle ait d'excellentes raisons pour laisser, à titre de châtiment, le moins possible à ses enfants, la loi lui permet alors de disposer, entre vifs ou par testament, de tout ce qu'elle voudra en deçà de la réserve légale. Si le régime dotal avait été organisé aussi bien en faveur des enfants que de la femme, il n'en serait pas ainsi. Il y a plus : lorsque la dot subsiste en même temps que le mariage, la femme dotale peut disposer de tous ses biens dotaux, par voie testamentaire, dans la limite de la quotité disponible, en faveur d'autres personnes que ses enfants. La quotité disponible est un monument légal qui n'a rien à voir avec les régimes matrimoniaux ni par con-

1. Ce cas n'est pas le seul, mais c'est le plus simple et le plus commode pour l'hypothèse que nous envisageons. Comme le résultat seul nous importe, nous croyons superflu de mentionner les autres.

séquent avec la dot. C'est pourquoi nous ne pouvons croire que la destination de la dot soit autre que celle indiquée par l'article 1540, et qu'elle doive servir tout autant sinon plus aux enfants qu'au mari, car d'après ce qui vient d'être dit, ils n'en bénéficieront intégralement que si leur mère décède *ab intestat*, abstraction faite de la question d'institution contractuelle, qui est controversée.

Nous verrons plus loin qu'une institution contractuelle faite par une personne sans enfants est révoquée par la survenance ultérieure d'un enfant. Donc, la femme dotale qui, restée jusqu'alors sans descendance, a cru pouvoir faire une institution contractuelle, n'a rien à craindre : qu'il lui vienne un enfant et sa libéralité sera anéantie *ipso facto*.

Certes, si elle en a déjà, le cas n'est plus le même, et sa progéniture, antérieure ou postérieure à l'institution contractuelle, souffrira de la libéralité de la mère. Mais nous dirons dans ce cas que la mère savait très bien ce qu'elle faisait. Nous ne pensons pas qu'elle dépouille ses enfants pour le plaisir et nous ajouterons même qu'il faudra des raisons excessivement graves pour qu'elle le fasse. D'ailleurs, en certains cas, pourra-t-on dire qu'une mère dépouille ses enfants lorsqu'elle leur retire une infime parcelle de l'énorme quantité des biens dotaux qu'elle possède ? Elle peut dépouiller — si dépouillement il y a — par testament, c'est incontesté. Nous dirons qu'elle peut le faire aussi par voie d'institution contractuelle, dont les effets sont ceux d'un testament irrévocable et cette irrévocabilité ne saurait nous influencer pour nous faire pencher vers l'opinion contraire.

Nous sommes d'autant plus poussés à conclure ainsi que pour faire valablement cette institution contractuelle, la femme dotale devra demander l'autorisation maritale, et à son défaut, celle de justice. C'est une garantie que la décision ne sera pas prise à la légère et que là où la femme et le mari — *a fortiori* la justice à défaut de ce dernier — auront jugé bon, dans le cas le plus défavorable¹ de laisser moins à leurs enfants ou

1. Un cas moins défavorable, à notre avis, serait celui où l'institution serait faite au profit de l'un des enfants de l'instituante.

descendants, c'est qu'il y a d'excellentes raisons pour agir ainsi, et la loi ne s'est pas élevée contre elles *a priori*.

Pouvoirs du mari sur les biens de la communauté. — Au lieu d'être dotaux, les biens dont le donateur veut disposer par voie d'institution contractuelle peuvent faire partie de la communauté, c'est-à-dire de cette masse indivise de biens dont la propriété ne sera déterminée qu'après rupture et liquidation du régime matrimonial adopté par les époux.

Ces biens de la communauté, le mari est seul à les administrer, il « peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme » (art. 1421).

Peut-il aussi en faire l'objet d'une institution contractuelle?

En ce qui concerne les dispositions à titre gratuit, l'art. 1422 vise les donations, et l'art. 1423 les legs. Voyons l'art. 1422 :

« Il (le mari) ne peut disposer entre vifs à titre gratuit, des
« immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une
« quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des en-
« fants communs.

« Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre
« gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu
« qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. »

A première lecture de cet article, on serait tenté de conclure que si elle était faite à des étrangers, c'est-à-dire à des personnes autres que les enfants communs, l'institution contractuelle serait prohibée, soit, en vertu du premier alinéa, qu'il s'agît d'immeubles, ou de l'universalité des meubles, ou d'une quotité de ceux-ci, soit, en vertu du deuxième alinéa, qu'il s'agît d'effets mobiliers à titre particulier, car, en instituant, le mari donnerait et se réserverait l'usufruit. Faite à des enfants communs, l'institution serait, au contraire, valable.

Cette conclusion ne serait pas douteuse s'il s'agissait d'une donation entre vifs proprement dite, donation qui emporte dépouillement actuel, immédiat, de la communauté au profit du donataire. Seulement ce n'est pas là l'effet de l'institution

contractuelle. Puisque, par hypothèse, c'est le mari qui dispose par cette voie, l'institution n'a d'effets que lorsqu'il meurt, c'est-à-dire à la dissolution de la communauté¹. Peut-on alors opposer aux institués les dispositions de l'article 1422? Nous ne le pensons pas. Le cas est identique à celui de l'institution par une femme dotale de ses biens dotaux. Au moment où l'institution peut avoir une signification tangible pour les donataires, il n'y a plus, d'un côté, de biens dotaux; il n'y a plus, de l'autre côté, de communauté. Ne peut-on alors assimiler l'institution faite par le mari sur les biens communs, au testament dont traite l'article 1423? Nous n'avons pas craint de le faire pour la femme dotale disposant de ses biens dotaux; il n'y a aucune raison pour changer d'avis lorsqu'il s'agit du mari commun en biens disposant de tout ou partie de la communauté.

Lorsque le disposant fait institution de biens qui ne se trouvent plus dans son patrimoine lors de son décès, la situation juridique de ces biens vis-à-vis de l'instituant a changé : de biens lui appartenant, ils sont devenus biens ne lui appartenant pas. A l'inverse, lorsque son patrimoine s'est accru, des biens qui ne lui appartenaient pas sont devenus des biens qui lui appartiennent et qui, en cette qualité, font partie de l'émoiement de l'institution, si l'étendue de celle-ci le permet. La situation est analogue en ce qui concerne les biens qui ont été communs ou dotaux au moment du contrat : ils ne sont plus ni communs, ni dotaux, à l'ouverture de l'institution. En ce qui concerne les premiers, ils feront partie de l'institution s'ils appartiennent au mari (ou plus exactement à sa succession), lors de son décès, et s'ils ne lui appartiennent pas, ils ne feront pas partie de l'institution. C'est dire que le sort de celle-ci suivra celui des biens, sera fonction des résultats du partage.

Ou la femme renonce, et il n'y a jamais eu de biens com-

1. Ce n'est pas le seul cas de dissolution de la communauté mais c'est le seul cas d'ouverture de l'institution, par conséquent le seul que nous ayons à envisager.

muns; notre raisonnement est superflu : le mari n'a fait que disposer de ses biens propres. Ou la femme accepte. Dans ce cas, si les biens dont a disposé l'instituant adviennent à sa succession par le partage, l'institué en bénéficiera. Sinon, ils seront considérés comme n'ayant jamais appartenu au mari, qui n'a pu en disposer valablement.

Cette subordination aux résultats du partage, du sort de l'institution contractuelle faite par le mari sur les biens communs, a lieu lorsque les bénéficiaires sont d'autres personnes que des enfants communs. La solution doit être la même si la disposition a été faite à un enfant : l'article 1422, ne peut s'interpréter dans le sens que l'enfant gratifié conservera entièrement le bénéfice de l'institution quels que soient les résultats du partage. Il est question en effet, dans ce premier alinéa, de l'*établissement* des enfants communs. On conçoit mal un établissement fait au moyen d'une promesse de succession : l'établissement comporte nécessairement une donation actuelle, une donation entre vifs proprement dite.

Statut réel des biens. — Au même genre de problèmes que ceux que nous venons de résoudre en envisageant les biens dotaux et les biens de communauté, appartient celui de savoir si la validité de l'institution, quant à son objet, dépend du statut réel des biens ou du statut personnel de l'instituant.

Cette question est importante : si c'est le statut personnel de l'étranger qui prévaut, il faudra se référer à la loi de son pays d'origine, voir si dans ce pays l'institution contractuelle est permise, et dans quelles conditions; si elle est prohibée, il faudra voir si la prohibition est générale, ressortit à l'ordre public, ou s'il intervient une question de capacité. Si au contraire c'est le statut réel qui l'emporte, il suffira de traiter le problème comme s'il ne venait s'y mêler aucun élément étranger.

De toute façon, le seul genre de conflit qui puisse nous intéresser, est celui qui s'élève au sujet de biens situés en France, car, à supposer que nos tribunaux puissent connaître de différends dont l'objet réside à l'étranger, leurs décisions risquent

de se heurter aux lois des pays considérés et de n'avoir aucune efficacité. L'objet de l'institution étant donc un patrimoine ou des biens situés en France, ou bien le contrat aura été passé en France par des étrangers, ou il aura été passé à l'étranger par des Français, ou enfin il aura été passé par des étrangers à l'étranger, soit dans leur pays soit dans un autre.

Pour le cas de Français faisant une institution contractuelle à l'étranger, la solution de la question telle que nous l'avons posée est indifférente puisque ce sera toujours la loi française qui devra s'appliquer, même en ce qui concerne la forme, car il est évident qu'une telle disposition, faite par un Français à l'étranger sur des biens français devra, pour être valable, être faite par contrat de mariage, et devant l'officier public du pays en la présence duquel il est réglementaire ou indiqué de passer les contrats de mariage.

La jurisprudence sur ce point est très intéressante. Nous n'avons trouvé que trois espèces, mais toutes trois ont été soumises à la Cour de Cassation et toutes trois comportaient une situation différente, répondant sensiblement aux trois alternatives possibles.

La première,

Req. 3 mai 1815; S. 15-1-352,

avait trait à une institution contractuelle faite à l'étranger par une Française, sur des biens situés en France.

Une dame habitant Avignon avait fait, par contrat de mariage, donation de ses biens présents et à venir (nous verrons plus loin que c'est là une variante de l'institution contractuelle) à une autre dame. Avignon appartenait alors au Pape (c'était avant la Révolution); une telle donation faite selon le droit romain était valable en Avignon, même hors mariage. En France, au contraire, elle était prohibée par l'art. 15 de l'ordonnance de 1731. Tous les biens de la donatrice étaient situés en France, au moment de la donation comme à l'ouverture du procès. Revenue en France, la donatrice disposa une nouvelle fois de ses biens comme si sa première donation n'eût point existé, et elle entreprit même une action en nullité de cette

donation. Un jugement du 16 thermidor an VI du tribunal d'Avignon (qui était alors réuni à la France) lui donna tort : « Considérant que les actes passés dans la forme déterminée par la loi de chaque peuple, ont leur exécution dans le monde entier, par le consentement unanime de toutes les nations à cette règle de droit si célèbre : *locus regit actum* ».

Ce jugement fut infirmé par celui du tribunal d'appel du Gard le 5 frimaire an VIII :

« Considérant que la maxime : « *Locus regit actum* » ne reçoit une juste application que par rapport à la forme des contrats; qu'à l'égard de leur substance ou de la disposition des biens qui en forment la matière, elle est uniquement régie par les lois et les coutumes des lieux où les biens sont situés; que ces principes sont avoués de tous les auteurs. »

Et ce point de vue fut adopté par la Cour suprême : « La Cour considérant que le principe de la matière est que les lois prohibitives, c'est-à-dire qui défendent de disposer des biens, soit en tout, soit en partie, soit en telle ou telle circonstance constituent des statuts réels qui affectent directement les biens et enchaînent la liberté du propriétaire, quelle que soit la loi du domicile ».

De cet arrêt, il résulte nettement que la Cour ne tient compte que du statut réel des biens. Son opinion est encore plus marquée par son arrêt du 2 avril 1884 :

Civ. cass. 2 av. 1884; S. 86-1-121; D. P. 84-1-277.

Un Espagnol appartenant au corps diplomatique avait fait devant notaire, en Italie, une institution contractuelle dans le contrat de mariage de sa fille. Il décéda en France où il laissait des immeubles. Sa fille réclama le bénéfice de son institution mais ses frère et sœur prétendirent qu'elle n'avait aucune valeur, parce que la loi espagnole interdit aux parents d'avantager leurs filles d'une façon quelconque, même par contrat de mariage, par voie de disposition entre vifs. Ils arguaient que le père étant incapable de disposer en Espagne, cette incapacité le suivait partout et que l'institution faite par lui était

nulle, non seulement quant aux biens situés en Espagne, mais aussi quant à ceux qui se trouvaient en France. La Cour de Cassation ne les suivit point mais admit la revendication de la fille instituée : « La transmission par voie d'institution contractuelle de biens immobiliers situés en France étant régie « par le statut réel français, et non par le statut personnel du « disposant ¹ ».

La Cour de Cassation était même allée plus loin encore dans son arrêt du 20 février 1882 :

Req. 20 fév. 1882, S. 82-1-145; D. P. 82-1-119,

car les biens situés en France étaient tous mobiliers.

Un Allemand installé à Bordeaux avait fait, dans le contrat de mariage de son fils, une promesse d'égalité à ce dernier (nous verrons plus loin que c'est également une variante de l'institution contractuelle).

Ce fils prédécéda, laissant une fille, Française, mariée à un Français. Avant sa mort, l'instituant, par voie testamentaire, annula sa promesse d'égalité en se fondant sur ce que dans son pays l'institution contractuelle est contraire à l'ordre public, et ne laissa à sa petite-fille que la réserve accordée par la loi de son pays, soit le sixième de ses biens, le reste de son patrimoine devant aller à sa fille, sœur de l'institué. Le cas est très intéressant car il a été l'occasion d'une interprétation spéciale de l'article 3 du Code Civil et de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Nous ne pouvons faire mieux, faute de place, que d'y renvoyer le lecteur, ainsi qu'à la note très substantielle de M. LABBÉ, au Sirey. Tout ce que nous en dirons c'est que la Cour, bien que le patrimoine dont il s'agissait fût uniquement mobilier, fit droit à la requête de la petite-fille en déclarant valable la promesse d'égalité faite à son père et dont elle réclamait le bénéfice, ainsi qu'elle pouvait le faire à supposer que la disposition fût bonne et valable ².

1. Voir en sens contraire la note sous l'arrêt attaqué : Paris, 12 mars 1881; D.P. 81-2-137.

2. Voir plus loin, 2^e partie : « Effets de l'institution contractuelle, vocation des enfants ».

De ces arrêts, nous pouvons déduire que la jurisprudence française attache une importance primordiale à la situation des biens, tout au moins immobiliers, et qu'il lui suffit que lesdits biens soient situés en France pour qu'elle leur applique la loi française en matière d'institution contractuelle, quelles que soient la nationalité et les dispositions de la loi du pays de l'instituant, ou du pays dans lequel a été passé le contrat.

Nous n'osons pas prendre parti : la discussion de ce point de vue de la jurisprudence française dépasserait de beaucoup le cadre de ce travail; ce serait tout le problème des successions en droit international privé qu'il faudrait poser... et essayer de résoudre. Nous demandons la permission de renvoyer de nouveau le lecteur à la note de M. LABBÉ au Sirey, S. 82-1-145, note très longue et très savante qui ne fait elle-même que poser le problème, mais d'une façon détaillée, scientifique, en donnant une documentation nourrie. Nous renvoyons également à la note sous l'arrêt de

PARIS 12 mars 1881, D. P. 81-2-137

(celui qui fut cassé par Civ. 2 avr. 1884).

et l'on comprendra aisément que la solution du problème submergerait, par l'ampleur qu'elle nécessiterait, tout ce que nous avons pu dire et tout ce que nous dirons encore sur le sujet que nous traitons : l'institution contractuelle.

CHAPITRE IV

Les personnes.

SECTION I

BENEFICIAIRES DE L'INSTITUTION

Il convient maintenant d'aborder les conditions de validité de l'institution contractuelle eu égard aux personnes.

Bénéficiaires :

a) LES ÉPOUX. — Et d'abord, quels peuvent en être les bénéficiaires ?

La possibilité de faire une donation de biens à venir en contrat de mariage n'est accordée qu'au profit des époux et de leurs enfants. « Les pères et mères... pourront... tant au profit « desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage », dit l'article 1082.

La détermination du couple des époux n'est pas difficile à faire : c'est dans son contrat de mariage que se fait l'institution. Seulement, l'institution contractuelle peut n'être faite qu'en faveur d'un seul des deux époux, nettement spécifié, par ses père et mère, d'autres parents, voire des amis, et la libéralité ne vaudra qu'à l'égard de cet époux. Si aucune spécification n'a été faite; si la gratification a été accordée « aux futurs époux » sans autre précision, dirons-nous d'abord qu'il y a donation conjointe et ensuite, s'il en est ainsi, y aura-t-il accroissement au profit de l'époux survivant au cas de précédés de son conjoint et de leur postérité commune ?

S'il y a donation conjointe, chaque époux sera considéré comme ayant été gratifié pour moitié. Que l'un d'eux meure avant le donateur et sans laisser d'enfant de son conjoint pour

tenir sa place, s'il n'y a pas d'accroissement, la moitié de l'institution devient caduque mais l'autre moitié subsiste et produira effet le moment venu. S'il y a accroissement, l'époux survivant bénéficiera de la totalité de l'institution.

Il ne nous semble pas possible de poser une règle rigoureuse. Ici comme toujours en matière de contrat, c'est l'intention des parties qui doit prévaloir. Si l'instituant s'est borné à gratifier « les époux », il ne nous semble pas qu'il faille, comme l'Ancien Droit, rechercher si le donateur est parent de l'un des époux et en conclure que celui-ci seul a été visé par le donateur, à moins qu'il n'ait clairement manifesté son intention de gratifier les deux époux (ANJOU et AUVERGNE, rapportés par CHABROL, art. 26, sect. VIII, p. 358). Certes, il peut arriver qu'il en soit ainsi, que l'instituant n'ait entendu faire l'institution qu'à son parent, en considération seulement des liens de parenté qui l'unissent à lui, mais nous croyons, à l'inverse de l'opinion de CHABROL, que dans ce cas il faut qu'il s'en soit expliqué. N'oublions pas, en effet, que l'institution a été faite par faveur de mariage, qu'elle a peut-être été la cause déterminante du mariage. Or, pour se marier, il faut être deux à le vouloir et il est possible, sinon probable, que l'époux non parent de l'instituant ne se fût pas engagé à supporter les charges du mariage, s'il avait été sûr que l'institution n'était faite qu'au profit de son conjoint et que, perdant celui-ci, il perdrait en outre ce qu'il était en bon droit d'espérer recueillir un jour. Nous pensons donc que la donation faite « aux époux » sans autre précision, est faite conjointement à tous deux. C'est l'opinion de LAURENT, COIN-DELISLE et DEMOLOMBE¹.

Et c'est aussi ce qu'a décidé, par interprétation de l'intention des parties

CAEN 7 août 1848; S. 49-2-21,

dans une espèce où il était dit que « le père du futur fait don aux futurs pour la bonne amitié qu'il leur porte et au surplus parce que telle est sa volonté... »

1. LAURENT, n° 200, p. 242. — COIN-DELISLE, n° 26, p. 562. — DEMOLOMBE, n° 285, p. 316.

En sens contraire cependant,

BRUXELLES 9 juin 1810; S. chr. t. 2-2-285,

(il s'agissait d'une donation entre vifs mais l'argument est valable pour ce qui nous occupe)

et METZ 26 fév. 1812 sous le n° 2.010, Rép. DALLOZ,

qui se borne d'ailleurs à appliquer l'usage ayant force de loi dans la province de LUXEMBOURG.

En ce qui concerne la question de l'accroissement, nous croyons plus logique de la réserver pour plus tard, pour l'étude des effets de l'institution contractuelle, car cette question ne peut s'agiter qu'au moment du décès de l'instituant, au moment où l'institution commence seulement, ainsi que nous le verrons, à produire réellement ses effets.

b) LES ENFANTS. — L'article 1082 permet les donations de biens à venir par contrat de mariage « tant au profit des époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage ». La loi, d'une façon très nette, ne vise que les enfants à naître du mariage au contrat duquel l'institution a été faite. Ne peuvent donc en bénéficier ni les enfants que l'un ou l'autre des époux aurait eus d'un précédent mariage, ni ceux que l'un ou l'autre d'entre eux pourrait avoir d'un mariage subséquent, après dissolution de celui qui a été envisagé dans le contrat ¹.

Nous remarquerons cependant que si les époux divorçaient, puis se remariaient entre eux, les enfants qu'ils auraient de cette seconde union seraient absolument assimilés à ceux de la première, que leurs parents se fussent, ou non, engagés dans l'intervalle de leurs deux unions, dans les liens d'une troisième, et qu'ils en eussent eu ou non des enfants qui, eux, ne seraient certainement pas compris dans l'institution.

Signification du terme « postérité » de l'article 1089. — Un doute pourrait s'élever sur ce qui précède, à la lecture de l'ar-

1. En ce sens, pour une seconde union : Bourges, 19 déc. 1821, S. chr., tome 6-2-502.

ticle 1089. Celui-ci détermine un des cas de caducité de l'institution contractuelle : « Lorsque le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité ». La postérité d'un individu comprend tous ses descendants, de quelque lit qu'ils soient issus. Nous ne saurions cependant croire, et nous suivons en cela l'unanimité des auteurs, que ce mot dût être pris dans un sens absolu. Il s'explique par l'article 1082 et il le complète : il s'explique en ce sens qu'il s'agit de la postérité issue du mariage en vue duquel a été faite l'institution dont il est question à l'article 1082, et il complète cet article, qui n'avait nommé que les enfants, alors qu'il est hors de doute que par enfants, le législateur a entendu la descendance, la postérité, c'est-à-dire les enfants des enfants, les produits des générations successives.

Nous savons, d'autre part, que les enfants naturels légitimés par le mariage de leurs père et mère, jouissent de tous les droits et prérogatives des enfants légitimes proprement dits. Il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement en cas d'institution contractuelle; de tels enfants naturels, légitimés par le mariage, seront censés nés de cette union et pourront donc faire, comme leurs parents, l'objet de la libéralité.

Nous n'en saurions dire autant d'un enfant adoptif car ce serait alors trop facile pour les époux d'éluder la caducité éventuelle de l'institution, en procédant, à l'époque où ils sont sûrs, ou craignent beaucoup de n'avoir pas d'enfant qui leur survive, à l'adoption d'un étranger qui, non content de recueillir la succession de ses parents adoptifs, viendrait encore s'emparer de celle de l'instituant; celui-ci n'a certes pas eu l'intention de le gratifier, ni directement, ni par ricochet.

Caractère subsidiaire de l'institution des enfants. — Un autre problème se pose au sujet des enfants à naître. L'instituant peut, dans le contrat, les faire bénéficier de sa libéralité comme leurs parents. Quelle est la portée exacte de ce bénéfice, ainsi accordé d'une façon expresse aux enfants, par le donateur? Cela veut-il dire que l'institution est faite conjointement, d'une part aux parents et d'autre part aux enfants qu'ils

procréeront? Fera-t-on, le cas échéant, deux parts des biens de l'institution : l'une allant aux époux, l'autre à leur descendance? S'il en était ainsi, on voit immédiatement quelles difficultés s'élèveraient au cas où, jeunes encore, les époux survivraient, comme il est normal, à leur bienfaiteur. Peut-être n'ont-ils pas d'enfants, mais cela ne veut point dire qu'ils n'en auront point par la suite; peut-être en ont-ils déjà, mais rien ne prouve qu'ils n'en auront point d'autres. Comment se ferait le partage dans de telles hypothèses? Serait-il susceptible d'être remis en cause à chaque nouvelle naissance? Poser la question, c'est la résoudre : il est hors de doute que l'institution des enfants n'est que subsidiaire et nullement conjointe. Elle ne peut être prise en considération qu'au cas de non-participation de l'un au moins de leurs auteurs à la succession ouverte de l'instituant. C'est la faveur du mariage qui a mû l'instituant. C'est la considération de la charge nouvelle imposée aux époux par la constitution d'un foyer qui l'a incité à faire cette institution. La perspective des naissances n'a pas échappé non plus à ses prévisions, mais en tant que charges supplémentaires venant s'ajouter à la charge initiale qui, seule, est à considérer : l'union des conjoints. Et ce n'est qu'au cas où, par exemple ¹, les époux gratifiés, — ou l'un d'eux — sont morts avant le donateur que l'institution des enfants prend sa signification.

De ce principe, qui nous semble bien établi, découle un corollaire immédiat. Puisque l'institution des enfants n'est que subsidiaire; puisqu'elle n'est prise en considération qu'au cas où leurs parents ne viennent pas à la succession ouverte par le décès de l'instituant, il s'ensuit qu'il n'est pas possible pour celui-ci, de sauter par-dessus les parents pour ne gratifier que les enfants à naître, et eux seulement, à l'exclusion de leurs père et mère.

1. Nous disons sciemment : « par exemple ». La mort n'est, en effet, pas le seul cas où les appelés éventuels à une succession n'y prennent point part. Il y a lieu d'examiner, et c'est ce que nous ferons plus loin, les cas de renonciation ou d'indignité. Nous avons choisi cet exemple du prédécès de l'un au moins des parents institués parce qu'il ne soulève aucune controverse.

Quoique nous présentions cette impossibilité de franchir les parents comme un corollaire, nous ne croyons pas mauvais de la démontrer comme nous l'avons fait du théorème préliminaire.

Dans l'Ancien Droit, il n'en était pas de même. On pouvait franchir les parents et instituer directement les enfants. L'article 222 de la Coutume du Bourbonnais et l'article 12, titre 27 de la Coutume du Nivernais, l'ordonnance de 1731 le permettaient formellement.

Mais le Code Civil a rompu avec cette législation. Nous savons que l'institution contractuelle est faite en faveur du mariage, pour donner une sorte de sécurité aux futurs époux, et l'on ne comprendrait point que ceux qui se marient restassent étrangers à la libéralité. N'oublions pas non plus que notre institution est une donation entre vifs, qu'elle doit être faite à une personne capable de recevoir, ce qui exclut évidemment des enfants qui ne sont pas nés, dont la naissance est même problématique. Nous entendons bien que l'on peut instituer, par testament, des enfants qui ne sont point venus au monde, mais nous avons assez insisté pour montrer que notre institution contractuelle n'est point un testament, qu'elle est au contraire une donation entre vifs qui a ses règles propres. Relisons l'article 1082 : « Tant au profit des enfants à naître de « leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire ». La loi n'envisage nullement la possibilité d'une donation directe aux enfants; elle ne permet cette institution au profit des enfants que pour en profiter au cas de précédés de l'**époux donataire**. Dans le deuxième paragraphe du même article, l'éventualité de la donation n'est envisagée qu'au profit des époux ou de l'un d'eux et ce n'est que dans ce cas seulement que le silence de l'instituant relativement aux enfants équivaut à une institution, mais une institution subsidiaire, de ceux-ci. L'article 1089 répète encore : « l'époux donataire » et la postérité de celui-ci n'intervient qu'en second lieu.

Écoutons COLMET DE SANTERRE ¹ : « La vocation des des-

1. COLMET DE SANTERRE, 255 bis, VI, page 485.

« cendants à naître, à défaut des donataires est une grave dérogation aux règles sur la capacité de recevoir. Elle ne doit être par conséquent autorisée que dans les termes stricts de la loi... » Pour nous, les termes de la loi sont clairs et précis et nous venons de les souligner. Elle permet d'instituer les enfants, c'est un fait, mais en seconde main seulement, par l'intermédiaire disons-nous, de leurs parents et ils ne viendront à l'institution que par l'effet d'une substitution vulgaire tacite. Et puisque nous parlons de substitution, qu'advierait-il si, à supposer que les parents pussent être franchis, ceux-ci n'avaient pas encore d'enfants au décès de l'instituant?

Sur quelle tête reposerait la propriété des biens compris dans l'institution? Il ne saurait être question de celle des enfants puisqu'ils ne seraient point nés. Leurs parents, d'autre part — ni personne — n'auraient aucune vocation à prendre leur place, à les représenter : on ne peut représenter le néant.

Les biens de l'institution ne pourraient aller qu'aux héritiers naturels de l'instituant mais **avec la charge de les conserver pour les institués**, pour le cas où ils viendraient à naître. Nous nous trouverions donc en présence d'une substitution fidéicommissaire; or, elle est prohibée et cela vient encore ajouter à notre argumentation.

En résumé, les enfants à naître du mariage peuvent être institués dans le contrat, mais ils ne peuvent l'être qu'en seconde ligne, après leurs parents. L'article 1082, second alinéa, va plus loin : si l'instituant n'a pas fait mention des enfants dans sa libéralité, la donation « sera toujours dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage ». La loi présume que cette substitution des enfants est sous-entendue, qu'elle a bien été dans l'intention des donateurs.

Exclusion des enfants. — Mais qu'advierait-il si ceux-ci, loin de stipuler que leur libéralité profitera aux enfants à naître, les en avaient expressément exclus? Cette clause serait-elle valable?

¶ L'affirmative, à notre sens, ne fait aucun doute. Nous som-

mes toujours dans une législation d'exception et il faut entendre la loi strictement. Elle a fait aux enfants une grande faveur, exceptionnelle, en permettant qu'on leur donnât subsidiairement avant qu'ils fussent nés, et en présumant qu'il leur a été donné comme à leurs parents lorsqu'on ne les a pas visés expressément. Mais elle n'a pas dit que dans tous les cas, même si les donateurs avaient nettement stipulé le contraire, ils bénéficieraient des avantages faits à leurs parents. Les termes mêmes de l'article 1082 conduisent à cette conclusion.

On ne peut présumer le sens d'une volonté que si elle n'est pas exprimée; si elle l'est, il n'y a plus présomption, mais constatation. Certes, la loi peut bien dire que malgré son expression, la volonté n'aura pas d'effet, mais ce manque d'effet de la volonté exprimée ne sera point la conséquence d'une présomption légale; ce sera la conséquence d'une volonté contraire de la loi, qui s'oppose à celle des individus. Or, cette situation ne se présente point ici.

« Quand la loi ne fait que présumer la volonté des parties, « elle leur permet, par cela même de manifester une volonté « contraire. C'est déroger aux principes généraux que d'appeler les enfants à naître. C'est y rentrer que de limiter la disposition aux futurs époux ¹. »

D'éminents auteurs, notamment GRENIER et COIN-DELISLE ne sont point de cet avis, mais ils n'ont guère fait école.

Ainsi, COIN-DELISLE ² prétend que du deuxième alinéa de l'article 1082, il faut tirer une présomption légale contre laquelle aucune preuve n'est admise, même celle résultant d'une clause particulière. Nous ne saurions le suivre sur ce chemin car si l'article 1352 a interdit l'administration de la preuve contraire en cas de présomption légale, ce n'est que dans le cas où, sur le fondement de celle-ci, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice, et cet article ne peut aucunement s'appliquer au cas présent. Les considérations morales qu'il invoque à l'appui de son point de vue sont pleines d'intérêt et

1. LAURENT, n° 205, page 247.

2. COIN-DELISLE, n°s 30 et suiv., pages 562 et 563.

nous y souscrivons volontiers; mais si la morale peut et doit guider le législateur, le jurisconsulte n'a pas à s'y attarder : son seul rôle est d'interpréter, pour l'appliquer, ce qu'a dit et voulu dire le premier; en l'occurrence les textes suffisent amplement pour y parvenir. Enfin, à son argumentation fondée sur les modifications qu'a subies le texte de l'article 1082 entre sa présentation comme projet et son vote définitif, nous répondrons par l'exposé des motifs au CORPS LÉGISLATIF¹ : « Ces « donateurs pourront prévoir le cas où l'époux donataire mour-
« rait avant eux, et dans ce cas étendre leur disposition au
« profit des enfants à naître de leur mariage. Dans le cas où
« les donateurs n'auront pas prévu le cas de leur survie, il
« sera présumé de droit que leur intention a été de disposer,
« non seulement au profit de l'époux, mais encore en faveur
« des enfants et descendants à naître du mariage ».

Qu'est-ce à dire sinon qu'en ce qui nous occupe, l'intention du donateur est toute puissante, et que c'est seulement lorsque cette intention n'est pas exprimée que la loi positive l'interprète dans le sens favorable à la vocation des enfants?

Institution inégale ou de partie seulement des enfants. — Il nous reste quelques mots à dire au sujet de ces enfants. Nous avons toujours parlé d'eux, jusqu'à présent, en les faisant entrer dans le groupe compact de **tous** les enfants ou descendants nés du mariage. Leur exclusion du bénéfice de l'institution est possible, venons-nous de voir. Elle ne l'est d'ailleurs que par le contrat même d'institution, ce qui ressortit au caractère d'irrévocabilité propre à ce contrat, que nous étudierons ultérieurement. Mais si l'exclusion de **tous** les enfants est possible, l'exclusion de certains seulement d'entre eux l'est-elle? Autrement dit, en envisageant l'hypothèse sous un angle différent, l'instituant peut-il restreindre à quelques-uns des enfants à naître, qu'il désigne d'une façon suffisante pour qu'ils puissent être identifiés, par exemple l'ainé, ou le premier des mâles, peut-il, disons-nous, restreindre à ceux-là le bénéfice

1. FENET, tome 12, p. 569.

subsidaire de sa libéralité? A part quelques auteurs, dont VAZEILLE et ROLLAND DE VILLARGUES, l'unanimité des auteurs s'est faite sur la négative. L'article 1082 ne permet la donation des biens à venir qu'au groupe des enfants et descendants pris en masse, collectivement, et en dehors des dispositions répondant à ces conditions, on retombe dans la prohibition de l'article 943.

Donc : ou l'exclusion de tous, ou l'exclusion d'aucun. Et l'exclusion partielle de quelques descendants, c'est-à-dire l'attribution à certains d'entre eux d'avantages inégaux, n'est pas plus admise que l'exclusion totale de certains seulement d'entre eux. La seule chose qui soit permise à l'instituant, c'est de se réserver la possibilité de faire les attributions de parts aux enfants à naître en cas de précédès de leurs père et mère ¹. Cela se conçoit, car cette réserve équivaut à l'exclusion totale des enfants et descendants : la promesse de leur distribuer des parts n'engage nullement le donateur; il n'y avait que l'institution qu'y l'engageât, et vis-à-vis des époux seulement; ceux-ci venant à prédécéder, l'instituant n'est plus lié.

Quel serait le sort d'une attribution de parts inégales faite dans l'institution contractuelle? Elle serait nulle, absolument. Observons bien que ce serait l'attribution de parts seulement qui tomberait. On doit la faire entrer dans le cadre des conditions illégales que vise l'article 900, et la réputer non écrite. Dès lors, la clause qui concerne les enfants étant réputée non écrite, on peut dire que la donation n'a été faite qu'aux époux seulement et on retombe dans le deuxième alinéa de l'article 1082 : les enfants, tous les enfants sans exception, sont présumés de droit avoir été institués avec leurs parents.

SECTION II

CLAUSE D'ASSOCIATION

L'étude des lois est pour le moins autant faite dans le but de rechercher les moyens de les éluder que de les appliquer

1. *Contrà* : COIN-DELISLE, n° 46, p. 566.

correctement. En notre matière, l'impossibilité d'instituer d'autres personnes que les époux et les enfants à naître de leur mariage a suscité, dans l'Ancien Droit, l'emploi d'un stratum pour parvenir à gratifier quand même utilement des personnes étrangères au mariage. On instituait bien, d'une façon régulière, les futurs époux, mais pour que d'autres vinssent également à sa succession, l'instituant rédigeait en leur faveur une clause d'association. Les époux institués étaient chargés de partager, suivant les modalités indiquées, le bénéfice de leur institution avec leurs frères, par exemple. On ne pouvait pas dire que d'autres que les époux eussent été institués, mais le résultat final était quand même atteint par cette adjonction à l'institution, d'une « charge ou condition » que le donataire était obligé de supporter s'il n'aimait mieux perdre le bénéfice de la libéralité qu'on lui avait faite. Cette pratique était admise, disons-nous, et même fréquente, sous l'Ancien Droit ¹.

Cependant l'ordonnance de 1731 l'avait prohibée ² et, de nos jours, il est indiscutable que cette faculté a disparu ³ quoi qu'en disent MM. MERLIN (§ V, n° IX, pp. 224 et suiv.) qui réfute ardemment GRENIER, et VAZEILLE (p. 287).

Nullité. — La clause d'association n'est pas assimilable, comme on l'avait prétendu sous l'Ancien Régime pour en permettre l'usage, à une charge, à une condition apposée à l'institution. C'est plutôt une deuxième institution, et elle n'est pas valable puisqu'elle n'est pas faite en faveur des époux, alors que la première, qui lui sert de support en quelque sorte, est inattaquable. On ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. A part ceux que nous avons cités plus haut, tous les auteurs ont été de cet avis. L'autorisation qu'accorde la loi par l'article 1082 de disposer de ses biens à venir est exceptionnelle. Elle déroge au principe,

1. CHABROL, 6^e question, p. 336. — AUROUX DES POMMIERS, n° 28, p. 305, n° 8, p. 326. — Comp. LEBRUN, n° 13, p. 19.

2. Req., 13 prair., an V; rep. alph. DALLOZ, n° 2014.

3. Bourges, 19 déc. 1821; S. chr., t. VI-2-502.

fondamental en matière de donations entre vifs, de l'art. 943. Les textes exceptionnels sont d'interprétation stricte; nous devons nous borner à ce qu'autorise la loi d'une façon expresse, c'est-à-dire à l'institution faite aux époux et aux enfants à naître du mariage. Vainement argumenterait-on de l'article 1121. Cette disposition générale est contrebattue par celle de l'article 943, qui est spéciale, et qui interdit les donations de biens à venir quelles qu'elles soient. L'article 1121 traite des biens qui sont dans le commerce, qui peuvent faire l'objet de stipulations valables. Les successions futures sont hors commerce. Elles ne sont susceptibles que des seules stipulations visées au chapitre que nous étudions, et la clause d'association ne s'y trouve pas.

Conséquences de cette nullité. — A. Bien qu'il soit sans doute superflu de le spécifier, puisqu'un acte nul ne peut avoir d'effet, nous tirerons cependant une première conséquence de la nullité de la clause d'association. C'est que, à l'opposé de l'institution qui lui sert de support et qui reste intangible, la clause en question est révocable par celui-là même qui l'a stipulée, que le bénéficiaire l'ait ou ne l'ait pas acceptée : son acceptation ne peut donner la vie à une stipulation mort-née ¹.

B. La deuxième conséquence à en tirer c'est que la nullité étant d'ordre public, absolue, elle peut être demandée par quiconque y a intérêt, et cet intérêt réside évidemment en la personne de ceux à qui seront attribués les biens dont la donation est nulle. Il reste alors à savoir à qui ces biens adviendront.

L'unanimité est loin de s'être faite sur ce point. Trois systèmes au moins ont été préconisés.

1° Certains auteurs veulent que la clause d'association soit réputée non écrite, conformément à l'article 900 du Code Civil. Dans ces conditions, l'institution, qui devait être amputée au profit du tiers associé, conserve son entier effet : on ne tient

1. Req., 25 janv. 1816; Rép. alph. DALLOZ, n° 2015. Trib. civ. de Clermont, 7 mai 1813, sous Req., 13 janv. 1818; S. chr., t. V-1-400.

pas compte de la clause d'association et l'institué bénéficie de l'accroissement ¹.

2° D'autres, au contraire, et il faut dire qu'ils sont les plus nombreux, que la jurisprudence est dans leur sens avec

BOURGES 19 déc. 1821; S. 22-2-110,

prétendent que les biens faisant l'objet de la clause d'association retombent dans la succession *ab intestat*, qu'ils profitent par conséquent aux héritiers naturels ². Pour eux, il y eut dans la pensée du donateur, l'intention de faire deux donations : l'une, et qui est valable, de la totalité de l'institution mais diminuée de la « charge » dont il l'avait grevée, l'autre du bénéfice que constituait pour le tiers associé, la « charge » précédente. La nullité de cette deuxième libéralité, qui est nulle, rappelons-le, parce que, ayant pour objet des biens à venir, elle s'adresse à d'autres qu'aux époux et aux enfants à naître du mariage, la nullité de cette deuxième donation doit être sans influence sur l'étendue de la première; celle-ci ne doit être ni diminuée, ni augmentée suivant le sort réservé à l'autre.

GRENIER ³ exprime cette opinion de la façon suivante :

« La loi investit les héritiers du sang de la succession. Ils
« ne peuvent en être privés que par une disposition légale. Ils
« ne doivent donc l'être que par une disposition entre vifs,
« par un testament, ou par une institution contractuelle. Mais
« on ne peut reconnaître, indirectement ou directement, la
« disposition de cette dernière espèce en faveur de celui à qui
« elle n'est pas faite en faveur de son propre mariage. Les
« dispositions sont à l'ordre successif ce que l'exception est à
« la règle; et la règle ne peut céder qu'à l'exception établie
« dans les cas voulus par la loi ».

3° Le troisième système veut qu'on s'en rapporte à l'intention de l'instituant, et c'est bien notre avis. Si, comme le pensent les auteurs qui suivent le deuxième système, le donateur

1. En ce sens : MARCADÉ, n° 288, p. 208.

2. AUBRY et RAU, p. 660; texte et note 26. — HUC, n° 457, p. 592.

3. GRENIER, tome III, n° 423, p. 312 *in fine*.

a voulu limiter la libéralité qu'il faisait à l'institué, à la totalité de l'institution *diminuée* de ce qu'il destinait au bénéficiaire de la clause d'association, il est évident que, cette clause ne pouvant jouer, son objet n'appartiendra pas à l'institué, mais retombera dans la succession *ab intestat* du disposant.

Si au contraire, l'instituant a clairement voulu que ses héritiers naturels soient dépouillés; s'il a veillé à ce que sa volonté soit accomplie en faisant une double institution contractuelle, mais si, comme c'est le cas, dans cette double institution, un seul donataire est capable, et l'autre incapable de recevoir, il est non moins évident que ce sera l'institué régulier qui devra recueillir le montant de la clause annulée.

D'ailleurs, tout en professant cette façon de voir, nous n'hésitons pas à faire cette concession au second système que dans l'impossibilité de déterminer l'intention certaine du disposant, il faut faire bénéficier les héritiers naturels de la nullité de la clause d'association · il est plus normal que l'instituant ait obéi à des sentiments de générosité vis-à-vis de l'institué, en donnant des limites à cette générosité, qu'à des sentiments de haine vis-à-vis de ses héritiers naturels, qui se traduiraient par une exhérédation coûte que coûte.

Nous signalons pour mémoire un système mixte, que nous trouvons dans COIN-DELISLE ¹. Cet auteur diffère d'avis suivant qu'à la mort de l'instituant le bénéficiaire de la clause d'association est mort ou vivant. Dans ce dernier cas, l'émolument de la clause accroîtrait aux héritiers *ab intestat*, mais dans le premier, ce serait l'institué qui en bénéficierait. Nous ne croyons pas que ce système mérite d'être discuté.

SECTION III

CAPACITE DE RECEVOIR ET DE DONNER

a) CAPACITÉ DE RECEVOIR

Voilà donc une condition de fond bien établie pour la validité de l'institution contractuelle. La libéralité ne peut s'adres-

1. COIN-DELISLE, n° 11, p. 557.

ser en première ligne qu'aux époux dans le contrat desquels se fait la donation, et, subsidiairement, aux enfants à naître de leur union.

Mais cela ne saurait suffire. Il faut encore que les seuls bénéficiaires possibles soient eux-mêmes capables de recevoir : c'est un principe général de notre Droit. Comme les articles du Chapitre du Code Civil que nous étudions, ne formulent point de règles extraordinaires en matière de capacité de recevoir, force nous est donc de nous en rapporter au droit commun des donations entre vifs, notre institution étant une donation entre vifs, ne l'oublions pas.

« Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être « conçu au moment de la donation » dit l'article 906. La question ne se pose pas pour les époux donataires : ils sont mieux que conçus : ils sont nés. Mais elle se pose pour les enfants qu'ils doivent avoir. La difficulté est aplanie par l'article 1082, qui leur confère en matière d'institution contractuelle, une capacité spéciale de recevoir.

L'incapacité qui consisterait en la non-conception est donc levée. Il n'en est pas de même de celle qui est édictée par les articles 907, 909 et 911. Un mineur devenu majeur ne pourrait instituer son tuteur avant que le compte définitif de tutelle eût été rendu et apuré. Un malade ne pourrait, au cours d'une maladie dont il meurt ultérieurement, instituer son médecin traitant, ni les personnes assimilées, ni le ministre du culte qui l'assiste, sauf les cas d'exceptions prévus. Son institution serait également nulle si elle était faite aux mêmes par le truchement de personnes interposées qui sont leurs père et mère, leurs enfants ou descendants, leur futur époux s'ils se marient¹. L'article 908 n'édicte pas une incapacité à proprement parler; il limite plutôt la quotité dont la donation est valable lorsqu'elle est faite à l'enfant naturel légalement reconnu, et nous le retrouverons plus tard, lorsque nous traiterons de la quotité disponible. Enfin, le condamné à une peine afflictive perpétuelle est aussi incapable d'être institué

1. Nous signalons que c'est là une présomption légale irréfragable.

contractuellement puisqu'il ne peut rien recevoir, si ce n'est pour cause d'aliments, ni par donation entre vifs, ni par testament (article 3 de la loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile).

b) CAPACITÉ DE DONNER

Il nous faut étudier maintenant les conditions de capacité requises pour *faire* une institution contractuelle. L'article 1082 qui semble faire une énumération des personnes pouvant donner leurs biens à venir ne nous est d'aucune utilité. Cette énumération n'a rien d'énonciatif ni de limitatif. Elle signifie seulement qu'il n'est pas besoin que donateur et donataire soient unis par des liens de parenté, encore que leur parenté ne nuise en rien à l'institution.

Nous rappellerons encore, comme un leit-motiv, que nous sommes en matière de donation entre vifs. La capacité est la règle (art. 902), et l'incapacité l'exception. Les exceptions font l'objet des articles, 903, 905, et plus généralement 1124.

Les incapables de contracter sont :

- les mineurs;
- les interdits;
- les personnes pourvues d'un conseil judiciaire;
- les femmes mariées, dans les cas prévus par la loi;
- les condamnés à une peine afflictive perpétuelle;
- pendant la durée de leur peine, les individus frappés de l'interdiction légale conformément à l'article 29 du Code pénal.

Les mineurs. — La loi les divise en deux catégories : d'une part, ceux qui n'ont pas seize ans et, d'autre part, ceux qui ont atteint ou dépassé cet âge. Aux premiers, il est interdit de jamais disposer, que ce soit entre vifs ou par testament. Ils ne peuvent donc faire d'institution, quelle que soit la nature que l'on attribue à celle-ci. Les seconds peuvent bien disposer par testament dans certaines limites, mais non par donation entre vifs. Dès lors, même âgé de seize ans, le mineur ne

pourra jamais disposer par institution contractuelle. Pour donner entre vifs, il faut être majeur.

C'était déjà la solution de l'Ancien droit : CHABROL art. 26, sect. II; p. 328, et nous pouvons dire que l'unanimité des commentateurs du Code Civil s'est faite sur ce point.

Cependant, qu'il nous soit permis d'indiquer en passant, bien que nous n'ayons pu, à notre grand regret, joindre l'étude du chapitre IX à notre travail, qu'il nous soit permis d'indiquer que dans l'institution contractuelle un peu spéciale faite soit par l'un des époux au profit de l'autre, soit par tous deux à leur profit réciproque, l'époux mineur peut, dans son contrat de mariage, donner à son conjoint tout ce qu'il pourrait donner s'il était majeur, sous la seule réserve qu'il le fasse avec l'approbation et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (articles 904, 1095 et 1398).

Nous tenons à faire une autre remarque, provoquée par les deux alinéas ajoutés à l'art. 904 par la loi du 28 Octobre 1916. Il y est dit que le mineur appelé sous les drapeaux pour une campagne de guerre, disposera de la même quotité que s'il était majeur, etc...

La disposition que lui autorise la loi n'est qu'une disposition testamentaire. Par le premier alinéa, le mineur était frappé d'une sorte de demi-incapacité. La loi de 1916 l'a relevé de cette demi-incapacité mais dans tout l'article 904 il n'est question que de testament. La donation entre vifs lui reste interdite et nous en concluons que même en temps de guerre le mineur de seize ans appelé sous les drapeaux ne pourrait pas faire d'institution contractuelle.

Les interdits. — On sait (art. 489) que « le majeur qui est « dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de « fureur, doit être interdit même lorsque cet état présente des « intervalles lucides. » A partir du jugement d'interdiction « l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour « ses biens. » Par conséquent, il ne peut plus participer, comme donateur, à une institution contractuelle.

De même, si au lieu de l'interdire le Tribunal lui nomme un conseil (art. 499), il devient incapable de contracter (art. 499 et 513) sans l'assistance de son conseil judiciaire; cette défense englobe celle de faire une institution contractuelle¹.

Mais les deux situations qui viennent d'être envisagées ne sont pas les seules qui se puissent présenter. L'interdiction est en quelque sorte la constatation judiciaire de la démence, de la fureur ou de l'imbécillité d'un individu. Les tares ainsi reconnues officiellement, existaient évidemment avant le jugement. Qu'advierait-il si, déjà frappé, mais non encore interdit, un individu faisait quand même une institution contractuelle? L'article 901 dispose que « pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit. » Par hypothèse, notre individu n'est pas sain d'esprit, mais il n'a pas non plus contre lui de jugement d'interdiction. Incontestablement, l'institution contractuelle est nulle, mais encore faut-il prouver l'insanité d'esprit du disposant avant d'obtenir l'annulation. Deux cas sont alors à envisager. Ou bien l'instituant a été frappé d'interdiction postérieurement au contrat, ou bien aucun jugement d'interdiction n'est intervenu.

Dans le premier cas, l'art. 503 vient nous tirer d'embarras : « les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. » Il ne reste donc plus à résoudre qu'une question de fait : l'existence notoire de l'insanité d'esprit du disposant au moment où il a fait sa disposition. Prouvée cette insanité, annulée l'institution. Il est possible que la preuve soit difficile à administrer, surtout que la loi exige la notoriété de l'état d'esprit incriminé, mais nous n'avons pas à nous étendre sur ce point : il sort du domaine du droit pur.

Dans le deuxième cas, il va se poser une question angois-

1. Voir Orléans, 11 déc. 1890, D.P. 91-2-362, sur renvoi de Civ. cass., 5 juin 1889, D.P. 91-1-449 et, avec cet arrêt, le rapport de M. le Conseiller de Larouverade et la note de M. de LOYNES. — Voir aussi, sur nouveau pourvoi, Ch. réun. rej., 21 juin 1892, D.P. 92-1-369. Il s'agissait d'une donation par contrat de mariage faite à son conjoint, par un individu pourvu d'un conseil judiciaire.

sante. Il est très possible que pour des mobiles faciles à comprendre, comme des sentiments familiaux, un souci de prestige dans la société, aucune demande en interdiction n'ait été formulée. Il se peut aussi que les personnes qualifiées n'aient eu recours qu'à la dation d'un conseil judiciaire, ou bien que leur demande d'interdiction n'ait abouti qu'à la dation d'un tel conseil. Il se peut enfin que cette demande n'ait abouti à rien, ait été rejetée purement et simplement, parce que, par exemple, la raison était revenue à celui qui l'avait perdue. Bref, il n'y a pas eu interdiction. Cependant, au moment de la confection de l'institution contractuelle, le disposant était fou. Va-t-on alors s'appuyer sur l'article 504, et nier la nullité de l'institution, parce que la donation faite ne contient pas la preuve évidente de la démence du donateur? Nous ne le saurions croire. S'il en était ainsi, il eût été tout à fait inutile d'élaborer l'art. 901; ce que cet article envisage : l'insanité d'esprit du contractant avait été visée déjà et traitée d'une façon fort détaillée par le chap. II du Titre XI du Livre I^{er}. Ce n'eût alors été qu'une répétition, et une répétition inexacte, de ce qui avait été dit, car notre article 901 ne traite que de l'état d'esprit du disposant, sans se soucier aucunement de la procédure qui a pu être ou n'être pas suivie. Non, nous ne pouvons le croire. Nous dirons que l'article 504 est une disposition générale, à laquelle déroge la disposition spéciale de l'article 901 : en matière de donation entre vifs ou de testament, il suffit que le disposant ait été dément au moment où il a fait sa libéralité pour que celle-ci soit nulle. Et comment en saurait-il être autrement? Supposons que notre homme, dans un moment de démence passagère, fasse un testament olographe valable en la forme. Il « range » si l'on peut dire, son testament, ou l'un des légataires qui y figurent, s'en empare comme s'il lui avait été confié. Notre dément revient à la raison et, à partir de ce moment, se conduit comme une personne parfaitement intelligente. Il oublie totalement, et pour cause, l'existence du testament; il ne croit pas devoir, ultérieurement, changer quoi que ce soit à la dévolution de ses biens telle que la règle la loi, et il meurt *ab intestat*. Exhumerons-nous le testament qu'il a

fait lorsqu'il avait perdu la tête? Le brandirons-nous pour affirmer qu'il a « pensé » à sa dernière heure et que le testament contient ses dernières volontés? Nous n'osons croire que quelqu'un le soutiendrait. Eh bien, s'il en est ainsi pour le testament, il en doit être de même pour la donation entre vifs qu'est l'institution contractuelle, car les deux dispositions sont envisagées d'une façon absolument conjointe et il est peut-être plus nécessaire encore de protéger le donateur et l'instituant, qui ont pu être manœuvrés par les cocontractants.

Nous n'hésiterons pas à assimiler à l'insanité d'esprit, l'état d'ivresse dûment caractérisé. On ne peut pas dire qu'un homme ivre jouisse de la plénitude de ses facultés mentales.

Enfin, une institution contractuelle que ferait un donateur sous l'empire d'une colère violente, d'une haine profonde contre ses héritiers naturels, ne serait pas annulable comme faite *ab irato* mais nous pensons qu'on pourrait lui appliquer la décision de

Req., 29 fév. 1876; D.P. 76-1-367,

prise en matière testamentaire :

« elles pourraient être annulées (les dispositions), s'il était
« prouvé que le testateur avait conçu contre sa famille une
« haine aveugle et déréglée, et qu'à l'époque de son testament
« cette haine avait pris une telle intensité qu'elle ne peut s'ex-
« pliquer que par une véritable insanité d'esprit. » C'est, à
notre avis, une conséquence nécessaire du pouvoir d'appréciation des juges, qui seront très circonspects, c'est concevable.

Un sourd-muet, pourvu qu'il soit sain d'esprit et qu'il puisse clairement manifester sa volonté, peut parfaitement faire une institution contractuelle :

Comp. Req. 30 janv. 1844; S. 44-1-102 : D.P. 44-1-49 (il s'agissait d'une donation entre vifs).

La femme mariée. — Ce n'est point le deuxième alinéa de l'art. 905 qu'il faut lui appliquer : « Elle n'aura besoin ni du
« consentement du mari, ni d'autorisation de la justice, pour
« disposer par testament », mais bien l'alinéa premier : « La
« femme mariée ne pourra donner entre vifs sans l'assistance

« ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219 au titre : « Du mariage ¹ ».

La séparation de biens même, ne dispenserait pas une femme de recourir à l'autorité du mari ou de la justice pour faire une institution contractuelle². Quel que soit le régime adopté, la règle est applicable. Nous avons vu plus haut la question qui s'agite au sujet de l'institution faite de ses biens dotaux par une femme qui est mariée sous le régime dotal.

Le condamné à une peine afflictive perpétuelle. — Il suffit de lire l'article 3 de la loi du 31 Mai 1854 : « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens en tout ou partie, soit par donation entre vifs soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. »

L'interdit légal. — Voir le texte des articles 29, 30 et 31 du Code pénal.

c) ÉPOQUE A LAQUELLE EST REQUISE LA CAPACITÉ

Bien que nous anticipions un peu en ce qui concerne la seconde, nous ne devons pas perdre de vue qu'il y a dans la vie de l'institution contractuelle, deux époques fondamentales : celle de la confection du contrat, c'est-à-dire l'époque du contrat de mariage, et celle où l'institution vient à effet, c'est-à-dire la mort de l'instituant. A laquelle de ces deux époques doivent exister la capacité de donner, d'une part, et la capacité de recevoir, d'autre part? A la première, à la deuxième ou aux deux?

Ici encore nous pensons que la considération de la nature de l'institution nous donnera la réponse.

Capacité de donner. — On a prétendu que le donateur devait être capable de donner non seulement au moment du

1. Comp. GRENIER, n° 481, p. 340.

2. COIN-DELISLE, n° 11, p. 557.

contrat, ce qui s'explique de soi-même, mais encore au moment de sa mort parce que c'est à ce moment là seulement que sa libéralité produit ses effets¹. Nous ne saurions souscrire à ce point de vue². Certes il faut que l'instituant soit capable de donner entre vifs au moment du contrat, mais cela suffit. Peu importe ce qui lui arrive postérieurement. Son rôle est terminé dès qu'il a consenti la libéralité qu'il pouvait faire. Il n'y a pas à se soucier que le montant de cette libéralité ne se puisse évaluer qu'à son décès, c'est-à-dire à un moment où, par hypothèse, il n'aurait plus la capacité, en eût-il encore l'intention, de donner entre vifs. Qu'il soit devenu incapable après coup, la libéralité n'en est pas moins parfaite, définitive, et, nous le verrons, irrévocable. Comme pour toute donation entre vifs, une fois faite, on ne peut y toucher. Ainsi, que l'instituant soit devenu fou après l'institution (alors qu'il ne l'était pas au moment du contrat de mariage); que sa folie ait été ou non reconnue par un jugement d'interdiction; qu'il ait été, après le contrat de mariage, condamné à une peine afflictive perpétuelle, ou qu'il meure pendant l'accomplissement d'une peine temporaire entraînant interdiction légale, cela n'a pas d'importance. Nous n'insistons pas sur la perte qu'il peut avoir faite de la faculté de tester : nous savons que le testament est absolument étranger à l'institution contractuelle au point de vue des conditions de validité.

Capacité de recevoir. — En ce qui concerne le donataire, trois opinions différentes se sont fait jour. Pour les uns, il suffit qu'il soit capable de recevoir à la mort du donateur, sa capacité ou son incapacité de recevoir au moment du contrat de mariage n'entrant pas en ligne de compte. Cette façon de voir est fondée sur l'assimilation des effets de l'institution contractuelle avec ceux du testament. C'est dire que nous ne pouvons l'adopter.

1. Tel est l'avis de DEMANTE, dans *Thémis*, t. VII, pp. 476 et suiv.; mais il changea d'après COLMET DE SANTERRE, 264 bis, p. 506.

2. Nous suivons en cela : TROPLONG, n° 2479, p. 652; DELVINCOURT, p. 638; DEMOLOMBE, n° 394, § c; p. 424; AUBRY et RAU, p. 658; Rép. DALLOZ, n° 2046.

D'autres exigent la capacité du donataire aux deux époques ¹.

D'autres enfin ², et nous partageons leur avis, n'exigent la capacité de recevoir qu'au moment du contrat, toujours pour la même raison : c'est que l'institution est une donation entre vifs et qu'elle est parfaite dès sa formation : il y a un donateur, un donataire, un objet donné, et toutes autres conditions de validité requises. Nous entendons bien qu'il faudra attendre l'ouverture de la succession pour savoir quelle sera l'étendue concrète de la libéralité, mais cela n'influe en rien sur la validité de l'acte passé à une époque antérieure.

D'après nous donc, un condamné à une peine afflictive perpétuelle pourra parfaitement recueillir le bénéfice d'une institution contractuelle malgré la condamnation qu'il a encourue postérieurement à la libéralité, c'est-à-dire malgré l'incapacité dans laquelle il se trouve d'être gratifié lors de l'ouverture de la succession, soit entre vifs, soit par testament. On ne peut pas dire qu'il a été gratifié après sa condamnation puisque l'institution était déjà faite et valable; on ne peut pas dire non plus qu'il lui est fait un legs puisque l'institution n'est pas un testament. C'est d'ailleurs ce qu'a nettement dit le rapporteur de la loi du 31 mai 1854 et cela vient à l'appui de notre opinion sur l'époque à laquelle est requise la capacité de recevoir : « Quant aux donations faites par contrat de mariage à « celui qui aurait été condamné depuis, elles seront exécutées, « même les institutions contractuelles. »

Loi de la date du contrat. — Du fait que l'institution contractuelle est parfaite dès sa confection, découle une conséquence très importante : c'est que, à supposer qu'intervienne un changement de législation, *c'est la loi de la date du contrat qui réglera et la validité, et les effets de ladite institution.* De

1. DEMANTE, voir note précédente. — Rép. DALLOZ, n° 2046. — POUJOL, n° II, p. 498.

2. BONNET, n° 416, p. 156 et p. 166. — DEMOLOMBE, n° 394, § c, p. 424. — AUBRY et RAU, p. 658. — DELVINCOURT, p. 638.

nombreuses décisions ont été rendues sur cette matière au début du siècle dernier. Nous citerons notamment :

Civ. Rej. 7 vent. an XIII; S. chr. t. 2-1-76,
arrêt pris après délibération en chambre du conseil
et qui avait trait aux biens dont l'instituant pouvait
disposer : «...Son sort, ainsi que les effets qu'elle
« a dû produire, ont été fixés à l'instant même où elle
« a été faite. »

TURIN 15 Mars 1806; S. chr. t. 2-2-123,
qui a trait aux effets de l'institution : « ...La perfec-
« tion existe à l'époque de la confection de l'acte. »

Civ. rej. 5 Nov. 1806; S. 1807-1-3,
sur LIMOGES du 2 fruct. an XII, d'où l'on extrait :
« Attendu que... l'irrévocabilité de son titre a fixé ses
« droits dès le même instant, que cette libéralité
« ayant un objet certain, son sort doit être réglé
« par la loi existante, lors de l'acte qui la contient. »

GRENOBLE 7 avr. 1807; S. chr. t. 2-2-222;
Req. 1^{er} Juin 1820; S. chr. t. 6-1-243;
(qui rejetait le pourvoi de LIMOGES 19 Août 1818).

Civ. rej. 18 mai 1812; S. 13-1-12;
(il s'agissait d'une donation entre époux).

LIMOGES 26 Juin 1822; S. 22-2-276.
« Attendu que toute institution contractuelle doit
« être régie par la loi existante au jour du contrat, à
« quelque époque et sous quelque législation que soit
« survenu le décès de l'instituant, parce que l'insti-
« tution contractuelle, conférant immédiatement à
« l'institué un droit irrévocable sur la succession de
« l'instituant, constitue, dès le moment même de
« l'institution, un contrat parfait. »

PAU 28 Août 1824; S. 25-2-382,
(confirmant ORTHEZ du 1^{er} Août 1821);
« Attendu... qu'un des caractères de l'institution
« contractuelle est l'irrévocabilité, et d'être régie
« par les lois existantes à l'époque où elle est faite. »

CHAPITRE V

Sanction de la non-observation des conditions de forme et de fond.

Nous allons en avoir terminé avec la première partie de notre étude et dire bientôt quels sont les effets de l'institution contractuelle. Avant d'aborder cette seconde partie, jetons un regard sur le chemin parcouru.

Nous avons dégagé la nature et nous avons déduit la définition de notre institution. Nous avons étudié ensuite sous quelles conditions on la fait valablement : condition de forme, et conditions de fond. Il nous reste à voir, avant de présenter les effets d'une institution contractuelle parfaite, ce qui se produirait au cas où elle serait imparfaite. Ce sera l'objet de ce chapitre de transition.

Nous avons déjà remarqué incidemment, que l'institution contractuelle est un contrat tout à fait exceptionnel. Elle déroge en effet à la prohibition des pactes sur successions futures, prohibition totale, qui a été consacrée dans notre Code par plusieurs articles : l'article 791 défend, de la manière la plus absolue, toute renonciation à une succession non ouverte. L'article 1130 réitère cette défense et l'amplifie en y englobant toutes les conventions en général; l'article 1389 rappelle, à l'occasion des dispositions générales sur le contrat de mariage, l'interdiction de toute convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions; il n'était peut-être pas mauvais que la loi la rappelât à cette occasion car, dans l'Ancien Droit la faveur des mariages permettait ces conventions pourvu qu'elles fussent faites en contrat de mariage; les articles 1600 et 943 spécialisent la prohibition générale en interdisant, le premier, la vente de la succession d'une personne vivante, même de son consentement, et le second, les donations entre vifs de biens à venir; elle est encore spécialisée dans l'article 1837, qui prohibe la mise en société

des biens qui pourraient avenir par donation, succession ou legs, et enfin dans l'article 2129 en matière d'hypothèque.

En un mot, la succession de quiconque ne peut être dévolue, de droit commun, que par voie de testament, ou par la loi si le *de cujus* n'a pas fait de disposition.

La seule exception à cette règle rigoureuse réside en notre institution contractuelle : par faveur du mariage, la loi a permis la donation de tout ou partie de la succession du donateur, qui n'est naturellement pas ouverte, et pour être sûre que cette donation serait bien faite en faveur du mariage, elle a exigé qu'elle fût incorporée au contrat même de l'union projetée. C'est ce que disait déjà FURGOLE sur l'article XIII de l'ordonnance de 1731, page 100 :

« En quoi l'on a dérogé à la Jurisprudence Romaine qui
« ne permet pas de déléguer la Succession autrement que par
« Testament ou *ab intestat* et qui réprouve toute sorte de con-
« ventions de succéder, faites par Contrat, de même que les
« renonciations à l'hérédité d'une personne vivante. »

Cette nature tout à fait exceptionnelle de l'institution nous impose d'interpréter les textes qui la visent d'une manière restrictive : « *Exceptio est strictissimae interpretationis.* »

Non observation des formes. — Dès lors, du fait que les pactes sur succession future, quels qu'ils soient, sont interdits et que seules, les donations de succession sont permises par contrat de mariage, aux époux et aux enfants à naître du mariage, nous dirons que si la donation dont il est question a été faite en dehors d'un contrat de mariage; si le contrat de mariage a été annulé, soit directement, soit par voie de conséquence; si le mariage ne s'ensuit pas; s'il est annulé; si les bénéficiaires de l'institution sont autres que les époux en première ligne et, subsidiairement, les enfants qu'ils auront de l'union projetée, l'institution contractuelle est nulle, d'une nullité de plein droit dont peuvent exciper toutes les parties intéressées, nullité que devra prononcer le juge en cas de contestation, et même d'office, car les prohibitions de pactes sur successions futures sont d'ordre public.

Nous ne pensons pas qu'il y ait controverse pour les cas ci-dessus énumérés. Nous croyons cependant bon d'indiquer que la nullité peut être invoquée de deux manières : par voie d'action et par voie d'exception. Dans le premier cas, il y aura lieu de tenir compte de l'article 2262 : l'action en nullité se prescrit par trente ans à compter du jour où elle peut être exercée; dans le second cas, la nullité peut être opposée par voie d'exception sans limitation aucune de délai : « *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.* »

Incapacité. — L'unanimité est plus difficile à se faire en ce qui concerne les institutions contractuelles critiquées pour défaut de capacité des instituants ou des institués. L'institution, par hypothèse, est valable en elle-même, mais elle a été faite par un incapable : mineur, femme mariée non autorisée, interdit, etc...

Une première question se pose : l'institution contractuelle ainsi faite est-elle nulle ou simplement annulable?

Dire qu'elle serait nulle de plein droit, se serait affirmer qu'en dehors de la prohibition générale qu'en a décrétée la loi, elle en a encore prohibé l'exercice, dans le seul cas permis, de la part de certains individus. Ce serait dire, en quelque sorte, qu'elle a prévu deux prohibitions, l'une réelle, objective, l'autre personnelle, subjective. Nous ne croyons pas qu'il soit possible, des textes et de leur esprit, de déduire cette conséquence. L'interdiction qui est faite aux incapables, de faire une institution contractuelle, ressortit à leur incapacité générale, édictée par le législateur dans le souci de les protéger, et non à une extension quelconque de la rigueur du caractère exceptionnel de la disposition permise. Nous estimons donc que le défaut de capacité de la part de son auteur, entache l'institution contractuelle d'annulabilité seulement. Autrement dit, elle pourra être déclarée nulle par le juge, sur la demande de l'incapable redevenu capable ou sur la demande de ses ayants cause; par ailleurs, cette demande ne pourra utilement être formulée que dans les limites de l'article 1304 du Code Civil, c'est-à-dire dans les dix ans de la dissolution du

mariage pour la femme mariée non autorisée, dans les dix ans de la levée d'interdiction pour l'interdit, dans les dix ans de la majorité du mineur ¹.

Des difficultés se sont élevées au sujet des héritiers du donateur incapable. Certains auteurs comme LAURENT ², comme DEMOLOMBE ³, prétendent que la loi, en les faisant héritiers, leur donne un droit propre qu'ils ne peuvent exercer qu'à partir du décès de leur auteur; en conséquence, ils ne doivent point être considérés comme parties à l'acte, comme représentants du défunt, au cas où celui-ci a fait des actes à titre gratuit: par ces actes, en effet, il les dépouille des droits que la loi leur confère, et on ne saurait prétendre alors qu'il les représente; dès lors, ces héritiers ne sont nullement visés par l'article 1304 mais bien par l'article 2262 : ils ne pourront agir en nullité qu'à partir du décès de leur auteur, et ils pourront exercer leur action pendant trente ans.

C'est aussi le point de vue de MM. AUBRY et RAU ⁴ qui se fondent sur l'impossibilité, pour le mineur, de ratifier l'acte nul, parce que celui-ci ne pourrait se refaire, puisque le contrat de mariage et le mariage sont passés.

La jurisprudence est dans le sens que nous avons adopté : l'action ne dure que 10 ans, à compter de la cessation de l'incapacité. On ne peut guère se fonder sur :

Req. 30 nov. 1814; S. 15-1-53,

que rapporte aussi MERLIN, car l'institution contractuelle attaquée comme faite par un mineur avait été faite sous l'empire de l'Ancien Droit. Le cas fut jugé d'après l'article 134 de l'ordonnance de 1539, en notre sens d'ailleurs. Mais

Req. 1^{er} déc. 1846; D. P. 47-1-15,

semble bien, implicitement il est vrai, appliquer l'article 1304

1. Dans ce sens : DURANTON, n° 725, p. 721; VAZEILLE, n° 15, p. 293; GRENIER, n° 431 bis, p. 343; MERLIN, § IV, n° 2, p. 208.

2. LAURENT, n° 210 et 211, pages 251 et 252.

3. DEMOLOMBE, n° 296, p. 327.

4. AUBRY et RAU, § 729, pages 666 et 667, texte et notes.

dans le cas d'une institution faite par une femme mariée non autorisée¹.

Nous terminerons ce chapitre en disant que l'institution contractuelle, quoique nulle, a cependant un effet : elle révoque tout testament que l'instituant aurait pu faire antérieurement, dans la mesure, évidemment, où les clauses du testament en question et celles de l'institution annulée sont inconciliables. Il n'est guère besoin d'insister : nous avons dit plus haut qu'il suffisait pour annuler un testament, que la volonté de le faire fût certaine, et que pour l'exprimer, il suffisait par exemple de faire postérieurement au testament une disposition soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, des biens qui forment l'émolument du legs.

Nous tenons cependant à citer les décisions ci-après dont la lecture est pleine d'intérêt :

Req. 16 nov. 1813; S. 14-1-99;

BOURGES 19 déc. 1821; S. chr. t. 6-2-502, déjà cité;

Req. 25 avril 1887; D. P. 88-1-169;

Req. 1^{er} août 1899 (2 arrêts); S. 1902-1-70.

1. Voir aussi notes sous Pau, 3 mars 1909; S. 1910-2-76.

SECONDE PARTIE

EFFETS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Nous avons vu que l'institution contractuelle consiste, pour l'instituant, à faire donation des biens qui constitueront son patrimoine au moment de sa mort, ou de partie de ces biens, ou de tels biens déterminés.

Dans la carrière de l'institution, si nous pouvons nous exprimer ainsi, le décès de l'instituant marque donc une époque capitale, pour le moins aussi importante que celle du contrat de mariage. S'il nous est permis d'employer cette comparaison, nous dirons que le contrat de mariage correspond à la conception de l'institution contractuelle, et la mort de l'instituant à sa mise au monde.

Pendant la période de gestation, pendant l'intervalle de temps plus ou moins long qui sépare ces deux événements vitaux, deux personnes sont en présence, qui sont unies par un lien de droit, par l'institution. Ce sont, d'une part, l'instituant, et, d'autre part, l'institué¹.

A partir du décès du disposant, le lien est rompu; il ne reste plus que l'institué.

1. Dans les développements qui suivront, nous parlerons toujours de l'institué comme si un seul des deux époux avait été gratifié. Il reste bien entendu que l'institution peut être faite aux deux époux conjointement et, subsidiairement, aux enfants à naître de leur union.

Dès lors, il semble rationnel que nous divisions notre étude des effets de l'institution en trois parties principales qui seront :

CHAP. VI. — Effets de l'institution contractuelle vis-à-vis du disposant depuis le contrat de mariage jusqu'à sa mort.

CHAP. VII. — Effets de l'institution contractuelle vis-à-vis de l'institué pendant la même période.

CHAP. VIII. — Effets de l'institution contractuelle vis-à-vis de l'institué à partir de la mort de son donateur.

Nous consacrerons ensuite un chapitre à chacune des deux variantes de l'institution contractuelle proprement dite, que constituent la donation cumulative de biens présents et à venir, d'une part, et la promesse d'égalité d'autre part. Nous n'étudierons celles-ci que dans ce qui les différencie de l'institution contractuelle proprement dite, c'est-à-dire, en somme, dans leurs effets. Leur étude trouve donc bien sa place dans cette seconde partie.

CHAPITRE VI

Effets de l'Institution contractuelle vis-à-vis du disposant depuis le contrat de mariage jusqu'à sa mort.

SECTION I

IRREVOCABILITE

La portée de l'institution contractuelle vis-à-vis de l'instituant peut être résumée en une seule proposition :

ELLE EST IRREVOCABLE

Il nous faut tenir compte, cependant, de la réserve inscrite à l'article 1083. Nous avons vu, en effet, qu'en notre matière il y a lieu de considérer à la fois le titre et l'émolument.

Le titre est absolument irrévocable, sans aucune réserve.

L'émolument, par contre, est irrévocable « en ce sens seulement, dit l'article 1083, que le donateur ne pourra plus « disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation... »

Irrévocabilité du titre. — L'institution contractuelle est absolument irrévocable, au sens propre du mot : dès que l'instituant s'est lié, il ne peut revenir sur son engagement. Dès que le contrat de mariage est parfait, l'institution qu'il contient lie l'instituant d'une façon inébranlable. Celui-ci ne peut la révoquer ni d'une manière ni d'une autre, ni seul, ni avec le concours des gratifiés.

La donation peut bien, en définitive, n'avoir pas d'effets; seulement, cette éventualité ne se produira jamais pour des causes prenant leur origine dans la volonté de l'instituant, mais uniquement pour des causes propres à l'institution elle-

même, et que nous avons étudiées. Ainsi, le mariage venant à ne pas se contracter, soit à cause de la mort de l'un des fiancés, soit à cause de la rupture définitive des fiançailles, l'institution contractuelle tombe en même temps, mais l'instituant n'y est pour rien. Et nous avons observé qu'il peut s'écouler un très long délai entre le contrat de mariage et le mariage, sans que le contrat d'institution perde pour autant de son efficacité. Il n'est même point besoin que l'union projetée se réalise du vivant de l'instituant. Si, une fois mort, il n'est plus engagé, sa succession l'est à sa place, et elle supportera l'institution contractuelle dès que, le mariage venant à s'accomplir, les bénéficiaires de la libéralité acquièrent la qualité d'époux qui leur est indispensable pour que l'institution soit valable.

Nous devons dire cependant que ce qu'un contrat de mariage a fait, une contre-lettre établie dans les formes légales peut le défaire (article 1396). Il faudra naturellement pour cela le consentement de tous les intéressés, et leur figuration au nouveau contrat. Mais c'est la seule, l'unique façon d'anéantir une institution contractuelle par la volonté des parties. Un accord sous seings privés, un accord notarié qui ne serait point fait sous forme de contre-lettre au contrat de mariage, seraient inefficaces.

Dès lors, quand l'union des époux est accomplie, puisqu'il ne peut plus être fait de contrat de mariage ni de contre-lettre, l'institution contractuelle ne peut être ni révoquée, ni modifiée dans son contenu, même avec le consentement de l'institué. A l'irrévocabilité propre de l'institution, qui se suffit déjà à elle-même, vient encore s'ajouter l'irrévocabilité qui s'attache aux conventions matrimoniales (art. 1395).

Cette irrévocabilité de l'institution contractuelle est un corollaire de la prohibition des pactes sur succession future. Une seule sorte de ces pactes est permise : c'est l'institution contractuelle, et dans une seule conjoncture : par contrat de mariage. Il va de soi que le concours de ces deux circonstances fondamentales, qui permet seul de déroger à la prohibition, et pour le seul cas d'une constitution d'institution, est également

indispensable pour la destruction ou la modification de cette institution. En effet, détruire ou modifier la donation, c'est accomplir des actes qui portent sur des biens qui existeront à la mort du disposant; ces actes sont par conséquent des conventions sur succession future.

Par un arrêt du 16 février 1875,

Req. 16 fév. 1875; S. 75-1-297; D. P. 76-1-177,

la Cour de Cassation a maintenu une institution contractuelle faite par des parents à l'un de leurs enfants dans son contrat de mariage bien que, le mariage ayant tardé à se faire, les parents eussent émis la prétention d'annuler leur donation parce qu'ils s'opposaient alors à l'union de leur enfant.

Nous irons plus loin : il peut très bien se faire qu'après un premier contrat de mariage, il s'en fasse un deuxième qui ne supprime pas le premier, mais qui y ajoute, deuxième contrat auquel ne figurera pas l'instituant, par exemple. Ce deuxième contrat, dans lequel n'a pas été réitérée l'institution que contenait le premier, aura-t-il pour effet de la faire disparaître? Nullement. L'institué s'est lié irrévocablement par le premier contrat de mariage et celui-ci n'étant pas anéanti, l'institution contractuelle subsiste intégralement.

Le cas s'est présenté en pratique :

NIMES 15 avril 1850; S. 50-2-519, déjà cité.

Disons d'ailleurs que cette irrévocabilité n'affecte que l'institution contractuelle proprement dite, à l'exclusion de toute libéralité entre vifs qu'aurait faite l'instituant à un tiers sous forme de charge imposée à l'institué : tant que le tiers n'a pas déclaré vouloir profiter de la libéralité, le donateur est maître de la révoquer :

BOURGES 21 août 1808; S. chr. t. 2-2-434.

Mais il n'est pas permis de modifier les conditions et les charges sous lesquelles a été faite l'institution; elles s'intègrent à l'institution elle-même pour faire un tout intangible.

Cependant, l'arrêt de Req. 26 mars 1845; D. P. 46-1-374 est en sens contraire. Un père avait institué contractuellement ses enfants, à la charge de laisser jouir sa femme de la moitié des biens ainsi donnés. Plus tard, dans son testament, l'instituant accorda à sa femme la faculté d'opter entre cet usufruit et une rente viagère de 1.500 francs. Il fut jugé que cette conversion ne renfermait pas une disposition à titre gratuit prohibée, le montant de la rente ayant été apprécié comme équivalant à la valeur de l'usufruit.

Irrévocabilité de l'émolument. — Il ne servirait de rien que l'instituant ne pût révoquer le titre de l'institution qu'il a faite, s'il lui était loisible de faire disparaître, par des libéralités subséquentes, les biens qui en font l'objet. Il est donc indispensable qu'à l'irrévocabilité du titre s'adjoigne l'irrévocabilité de l'émolument.

Si elle était absolue, cette dernière aurait pour résultat l'indisponibilité complète des biens qui font l'objet de l'institution. On pourrait dire alors, avec vraisemblance, que l'institution n'est qu'une donation entre vifs différée, avec, en mieux pour l'institué, l'espoir que le patrimoine de l'instituant s'accroîtra avant son décès, car le titre du donataire appelle celui-ci à bénéficier de cet accroissement éventuel.

Mais, l'article 1083, qui régit l'irrévocabilité en question, a nettement réduit sa portée : elle se borne uniquement à l'interdiction faite à l'instituant de disposer désormais à titre gratuit. Nous verrons plus loin que les actes de disposition à titre onéreux restent permis. Par ailleurs, ce sont seulement « des objets compris dans la donation » que ne pourra disposer le donateur. Autrement dit, s'il a fait une donation de biens à venir universelle, il ne peut plus faire aucune libéralité, sauf « de sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. » S'il l'a faite à titre universel, il ne peut disposer que de ce qui n'est pas compris dans l'institution, et s'il l'a faite à titre particulier, c'est l'objet même de l'institution qui ne peut faire celui d'une seconde disposition à titre gratuit.

Dès lors, en raisonnant, pour une plus grande commodité

de langage, sur une institution contractuelle universelle, il est interdit à l'instituant :

1° de donner entre vifs à d'autres qu'à l'institué. Il n'est même pas toujours permis de donner entre vifs à ce dernier; nous verrons quand nous en serons à la vocation des enfants, qu'une telle donation, faite à leur père, peut être annulée, et les biens qui en font l'objet faire retour à la masse, cette masse constituant l'émolument de l'institution.

2° de léguer les biens de l'institution :

RIOM 28 Juil. 1819; S. chr. tome 6-2-114,

le testament étant, comme la donation, un mode de disposer à titre gratuit.

Une application curieuse de ce principe a été faite par

Req. 21 Janv. 1874; D.P. 74-1-311.

Un père avait, dans le contrat de mariage de son fils, donné à celui-ci, par deux donations distinctes, ses biens présents d'une part, et ses biens à venir d'autre part. Pour cause d'inexécution des charges et conditions dont était affectée la donation de biens présents, le père obtint la révocation de celle-ci, et il crut pouvoir léguer les biens qui en faisaient l'objet, au détriment de son fils. La Cour a jugé avec raison que ces biens, qui étaient « présents » au moment de la donation, étaient entrés dans la catégorie des biens « à venir » par le fait de leur réintégration dans le patrimoine du père, par suite de la révocation de la donation des biens présents, et, qu'en cette qualité, ils faisaient partie de l'institution contractuelle; en conséquence, l'irrévocabilité de celle-ci empêchait le père de disposer d'essdits biens par testament, acte à titre gratuit. Et nous lisons en note, cette remarque très juste : « Décision sans précédents, par ce motif, sans doute, qu'elle « n'est que l'application pure et simple des principes et ne « soulevait pas de difficulté sérieuse. »

La Jurisprudence eut l'occasion de faire d'autres applications intéressantes de l'irrévocabilité de l'institution contractuelle.

Il en fut ainsi, particulièrement, dans

Civ. rej. 13 Juill. 1886; S. 89-1-451; D.P. 86-1-462.

Un père, dans le contrat de mariage de sa fille, qui frappait de dotalité tous les meubles et immeubles dont donation y figurait, lui avait consenti une institution contractuelle de la moitié de ses biens à venir. D'après la lettre et l'esprit du contrat, ces biens à venir devaient être dotaux dès qu'ils entraient dans le patrimoine de la fille. Or, plus tard, le père fit donation entre vifs à sa fille, de la totalité de ses biens présents. Ces biens présents, du fait qu'ils n'avaient pas été donnés au contrat de mariage, n'eussent point été frappés de dotalité. Mais, la moitié d'entre eux fût parvenue à la fille par l'effet de l'institution contractuelle à elle faite. C'était en quelque sorte, au point de vue dotalité, faire échec à l'institution que de donner entre vifs les mêmes biens à l'instituée. Aussi, la dotalité de la moitié d'entre eux fut-elle revendiquée et accordée.

Une espèce presque identique fut l'objet de :

Civ. rej. 22 juill. 1889; S. 1892-1-589; D.P. 90-1-388.

De ces deux arrêts, on peut déduire que l'irrévocabilité de l'institution est indépendante de la personne à qui sont faites les libéralités inconciliables avec cette irrévocabilité : même si c'est l'institué qui a été gratifié postérieurement au contrat de mariage, de biens compris dans son institution, il peut parfaitement revendiquer, si c'est son intérêt, le titre d'institué plutôt que celui qu'il détient d'un acte postérieur.

Dans une autre espèce :

LIMOGES 18 Juin 1859; S. 1859-2-465,

une donation d'une somme payable au décès du donateur avait été faite, avec affectation hypothécaire, postérieurement à une institution contractuelle de somme d'argent, qui se trouvait, par conséquent, également payable au décès du donateur. A la mort de celui-ci, son patrimoine ne permettait point de payer la totalité des deux sommes. Avec juste raison, et à cause de son irrévocabilité, l'institution contractuelle fut pré-

férée à la donation ultérieure et l'on ne tint nullement compte de l'hypothèque consentie en garantie : ce droit accessoire ne pouvait augmenter la valeur du droit principal auquel il se rattachait, et celui-ci était annulable comme contrevenant à l'article 1083.

Toujours à cause de l'irrévocabilité, résultent les conséquences rapportées ci-après :

Req. 11 nov. 1857; S. 58-1-137.

« Au cas d'une institution contractuelle de moitié de la
« quotité disponible faite au profit d'un enfant, et d'un legs
« à titre universel de l'autre moitié de la quotité disponible
« fait au profit d'un autre enfant, les legs particuliers faits par
« l'auteur commun doivent être prélevés sur la moitié du
« disponible léguée à titre universel, et non, par voie de contri-
« bution sur le legs à titre universel et sur l'institution contrac-
« tuelle qui, étant irrévocable de sa nature, n'est pas grevée
« des charges de cette espèce.

« Il en est ainsi, alors même qu'il s'agirait de legs de
« sommes modiques, lesquelles ne peuvent grever l'institution
« contractuelle qu'en cas d'épuisement des autres biens dis-
« ponibles de la succession » (sommaire de l'arrêt, conforme
à sa teneur).

Si les libéralités préjudiciables à l'institution contractuelle ont été faites à des successibles, ils en doivent le rapport, et c'est sur le patrimoine reconstitué du *de cujus* que se doit exercer le bénéfice de l'institué. On ne saurait invoquer l'art. 857 du Code Civil qui interdit le rapport en faveur des légataires et des créanciers de la succession :

LIMOGES 7 déc. 1900; D.P. 1902-2-369.

Donc, l'instituant ne peut porter préjudice à l'institution, ni par donation, ni par testament. Il ne peut non plus essayer de tourner cette irrévocabilité en faisant indirectement, sous forme d'acte déguisé, la libéralité qu'il a l'intention de faire. Ce qui est interdit par la voie directe n'est pas plus permis par la voie indirecte, et par conséquent, lorsque l'auteur d'une

institution contractuelle a disposé, par donation déguisée, d'immeubles compris dans l'institution, la nullité de cette disposition déguisée entraîne celle de l'aliénation faite ultérieurement au profit d'un tiers acquéreur, même de bonne foi :

BESANÇON 2 Juin 1860; D.P. 64-2-61.

Ainsi encore, l'acte par lequel la nue propriété d'un immeuble est donnée à la charge des grosses réparations et de l'acquit d'une créance dont l'immeuble est grevé, constitue une donation véritable, à titre gratuit, et non un abandon de biens à titre onéreux :

Req. 27 Juin 1838; S.-38-1-721.

La reconnaissance de prétendues dettes constituerait également un avantage indirect et serait pareillement annulée. La question ne ferait aucune difficulté en droit. Seule, la preuve serait peut-être difficile à administrer.

Cette façon indirecte de donner peut encore avoir lieu par personne interposée. Ainsi, au moyen de la promesse d'égalité dont nous parlerons ultérieurement, et dont nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'elle est une variante de l'institution contractuelle, un père renonce, au profit de son fils, à qui il fait la promesse en question, à avantager aucun de ses autres enfants. Pour frauder à cette interdiction qu'il s'est faite, il donne entre vifs à un tiers, en le chargeant secrètement de remettre à celui de ses enfants qu'il veut, mais qu'il ne peut avantager. Ce don et le fidéicommis sont évidemment nuls puisqu'ils sont frauduleux. Les biens qui en font l'objet doivent rentrer dans la masse partageable, qui sera partagée également entre tous les enfants. Il est d'ailleurs à remarquer qu'il faudra que les juges aient constaté que le donataire apparent était bien une personne interposée, et nous ajouterons que ce sera une question de fait : ils ne pourraient pas, par exemple, se fonder sur les présomptions légales des articles 911 et 1100 : ces textes exceptionnels sont d'interprétation stricte et ne s'appliquent qu'aux cas spéciaux en vue desquels ils ont été adoptés.

Il est un acte de disposition qui a soulevé, et qui soulève

toujours, des doutes quant à son caractère de don gratuit ou de prestation à titre onéreux. Nous voulons parler de la constitution de dot. Certains auteurs, et non des moindres, ont soutenu qu'une telle disposition présentait, à l'égard de l'époux doté, le caractère d'acte à titre onéreux, cette dot venant en compensation partielle ou totale des charges nouvelles que ledit époux assume en se mariant. Nous ne discuterons point cette façon de voir, qui a eu un retentissement énorme en matière de faillite, et qui nous entraînerait trop loin, mais nous estimons qu'en dotant son enfant le père lui fait une libéralité à laquelle la loi ne l'a nullement obligé. Si donc, lorsqu'il constitue cette dot, le père se trouve déjà engagé dans les liens d'une institution contractuelle qu'il a faite antérieurement, la constitution de dot est tout aussi bien prohibée que n'importe quelle autre libéralité. Nous trouvons d'ailleurs à nous appuyer sur :

LYON 28 janv. 1855; D.P. 56-2-46 :

« attendu que si la dot est le bien que la femme apporte au
« mari pour supporter les charges du mariage, et que si, sous
« ce point de vue elle emprunte l'apparence d'un contrat oné-
« reux, elle n'en est pas moins une donation véritable, puisque,
« considérée dans son origine, elle procède de la libéralité du
« constituant; qu'à la vérité, elle est grevée d'une affectation
« spéciale, mais que cette circonstance ne change point sa
« nature, de même qu'une donation conserve ses caractères
« quoiqu'elle soit accompagnée de conditions qui en dimi-
« nuent les avantages; que l'obligation du rapport auquel la
« femme dotée est assujettie ne permet aucun doute sur ce
« point; que, dans tous les cas, ce doute disparaîtrait en pré-
« sence de l'article 1541 du Code Napoléon, qui, en déclarant
« dotal ce qui est donné en contrat de mariage suppose évi-
« demment que la dotalité ne détruit pas la gratuité de la
« constitution. »

Notons en passant que le sens spécial attaché par l'article 1083 à l'irrévocabilité de notre institution empêcherait, en vertu de l'article 1840, l'instituant de contracter une société

universelle. Il lui est, en effet, défendu d'avantager ses co-sociétaires au préjudice de l'institué.

Enfin, et cela va de soi, l'instituant ne peut faire une deuxième institution au préjudice de la première. Cependant l'interdiction n'est que relative. En effet, si cette première institution n'était pas valable ou venait à être caduque, aucune raison ne s'opposerait à ce qu'il fût fait état de la seconde, valable et non caduque elle-même par hypothèse (voir BOURGES 29 août 1832; S. 34-2-54). Il n'y a à vrai dire aucun préjudice de commis puisque, ou bien il n'y a pas d'institution, ou bien elle ne peut jouer.

En application de ce principe, fut annulée une institution faite après une autre dans les circonstances suivantes : la première avait été faite avec rétention d'usufruit et le deuxième institué avait été mis en possession. L'arrêt présentait ceci de particulier, dans ses attendus, que si l'on considérait la première institution comme donation entre vifs, la rétention d'usufruit avait opéré tradition et donné par conséquent priorité au donataire, et que si l'on considérait l'institution comme donation à cause de mort, le résultat devait être le même en vertu de la maxime : « le mort saisit le vif ». Aujourd'hui nous dirions simplement que l'irrévocabilité de la première institution était un obstacle infranchissable pour la seconde. (BORDEAUX 14 pluv. an IX, S. chr. t. 1-2-15.)

Dans l'affaire de deux institutions successives soumise à la Cour de BORDEAUX le 14 décembre 1911 et à la Cour de Cassation le 10 février 1914 :

BORDEAUX 14 déc. 1911; D. P. 1912-2-281;

Civ. Cass. 10 fév. 1914; D. P. 1917-1-73;

la première de ces institutions était d'une somme d'argent, la seconde, de deux immeubles déterminés *in individuo* et il avait été stipulé, dans la deuxième, qu'au cas d'aliénation des immeubles à titre onéreux, l'institué aurait droit, en leurs lieu et place, à une somme fixée à 200.000 francs. A son décès, la donatrice ne laissa pas valeur suffisante pour acquitter la somme d'argent par elle donnée au premier institué. Celui-ci

éleva alors la prétention de se faire payer sur le prix des immeubles compris dans la seconde institution contractuelle, par préférence à celui qui en était le bénéficiaire. Dans son arrêt, la Cour de BORDEAUX donna la préférence à la seconde institution parce qu'elle était faite sur des immeubles, qu'elle donnait à l'institué un droit réel à partir de la date de la donation, tandis que le premier institué n'avait, sur la succession de l'instituante, qu'un droit de créance qui ne s'ouvrait qu'au décès et qui, par conséquent, était primé par le droit réel acquis au second institué. Elle se fondait aussi sur ce que la donatrice avait exprimé sa volonté formelle d'accorder une préférence à la donation faite en second lieu. Cela revenait à dire, en somme, que dès la deuxième institution les immeubles sur lesquels elle portait ne faisaient plus partie du patrimoine de la donatrice, et qu'ils ne pouvaient faire partie de sa succession lors de son décès.

Dans une dissertation savante, M. DE LOYNES se trouve d'accord avec cet arrêt mais pour d'autres motifs. D'après lui l'article 1083 n'est pas applicable parce que la deuxième institution n'a pas porté sur les « objets compris dans la donation », comme l'indique l'article en question. En effet, l'objet est, d'une part, une créance sur la succession et, d'autre part, des immeubles bien déterminés.

Mais la Cour de Cassation rétablit les choses : les immeubles qui faisaient l'objet de l'institution étaient parfaitement restés dans le patrimoine de la donatrice, et l'institué n'en devait devenir propriétaire qu'à la mort de celle-ci; autrement dit, les immeubles en question faisaient partie de la succession. Dès lors, le premier institué était fondé à prendre sur cette succession les 20.000 francs pour lesquels il avait été institué, par préférence au deuxième institué, ceci en vertu de l'antériorité et de l'irrévocabilité de son titre ¹.

La conclusion à tirer de cet arrêt est que l'institution con-

1. Voir la note de M. DE LOYNES qui tire de l'arrêt, avec lequel il n'est pas d'accord, les conséquences qui doivent en découler dans les hypothèses qu'il envisage.

tractuelle d'une somme d'argent doit être considérée comme faite à titre universel : l'instituant affecte, en quelque sorte, tout son patrimoine au paiement de la somme qu'il donne à prendre sur sa succession. S'il donne ensuite à titre gratuit des immeubles composant son patrimoine, quoique, à vrai dire, ces immeubles ne puissent être considérés comme « objets compris dans la donation » ils le sont quand même en ce sens qu'ils garantissent la donation. Et c'est logique : il peut très bien se faire qu'à la mort du donateur, il n'y ait point, dans sa succession, en espèces, ou sous forme de solde créancier d'un compte courant, le montant de la somme instituée. Disons-nous alors que les titres, les champs, les maisons, ne doivent point servir à parfaire la somme indiquée. Celle-ci est à prendre sur la succession, c'est-à-dire sur la valeur de la succession, et il ne peut appartenir à l'instituant de rompre avec ses engagements en donnant, entre vifs ou par institution postérieure, en léguant, les biens sur lesquels l'institué est en bon droit de compter pour toucher la somme qui lui a été irrévocablement promise.

SECTION II

EXCEPTIONS LEGALES A L'IRREVOCABILITE

A. Irrévocabilité de l'émolument. — *Libéralités modiques.* —

La prohibition des actes à titre gratuit faits au préjudice de l'institution contractuelle n'est pas absolue.

Une première atténuation y est apportée par la loi : « Si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement ».

Débarrassons-nous de suite de cette dernière expression qui semble superflue puisque, limitative dans ses premiers termes, elle prend une portée générale avec les derniers. « A titre de récompense », cela implique des dons rémunératoires, des paiements de sortes d'obligations naturelles; « ou autrement » cela veut dire : « Pour une tout autre cause ». En somme, la

cause des libéralités est indifférente; il suffit qu'elles soient modiques. Cependant, cette juxtaposition de termes dont la généralité des derniers comprend la spécialité des premiers, n'était peut-être pas inutile. Dans l'Ancien Droit, en effet, certains auteurs prétendaient qu'il fallait que les libéralités ainsi autorisées eussent une cause limitativement déterminée, soit qu'elles fussent rémunératrices, comme le rappelle notre texte, soit qu'elles fussent faites pour cause pie, pour des fondations par exemple, pour avoir, après sa mort, droit aux prières des vivants.

Etudions maintenant la première partie de l'atténuation : « Si ce n'est pour sommes modiques ». Faut-il s'arrêter à une interprétation littérale, et dire que les libéralités postérieures à l'institution contractuelle, qui en diminuent l'étendue d'une façon modique, doivent uniquement avoir des deniers pour objet? Personne ne l'a soutenu ni ne pouvait le soutenir. L'article 1083 envisage une disposition éventuelle des « objets compris dans la donation »; ces objets peuvent, de toute évidence, être des terres, des immeubles, des titres ou même, mais non nécessairement, des sommes d'argent. Ces « objets », s'ils ne portent pas en eux-mêmes leur valeur en argent, devront, après évaluation, ne représenter qu'une somme modique. Telle est la signification de l'expression.

Appréciation de la modicité. — Aussi bien, n'est-ce point de là que surgiront les difficultés, mais principalement de la question d'appréciation de la modicité. Quand pourra-t-on dire que tel don est modique, ou qu'il ne l'est pas? La loi n'a pas — elle ne pouvait le faire — assigné de limites précises ni même vagues, fixes ni proportionnelles. Il tombe sous les sens que pour une succession de cent mille francs, une libéralité qui en atteindrait vingt-cinq mille ne pourrait être considérée comme modique, alors qu'elle serait négligeable s'il s'agissait d'une fortune de cent millions. Autrement dit, la conception de modicité ne peut être que relative, et cette relativité ne peut être qu'appréciée, et appréciée souverainement par les juges du fait. Pour l'élaboration de sa sentence, indépendamment

de la comparaison brutale des chiffres, succession d'une part, libéralités contestées d'autre part, le juge tiendra compte des mobiles de celles-ci, de l'importance des services rendus s'il y a lieu, de la personnalité des bénéficiaires ¹.

Que devra faire le magistrat devant une disposition à titre gratuit faite malgré l'institution contractuelle, s'il la juge excessive? La réduira-t-il dans la limite où, ainsi amputée, elle répondra aux prescriptions de la loi, à sa conception de modicité, ou l'annulera-t-il purement et simplement?

Nous ne saurions souscrire au point de vue de M. ANOUILH ²: « Cet acte est complètement inutile, annulable pour le tout, « sur la demande des parties intéressées ».

Ni non plus à celui de LAURENT ³ :

« Si la disposition était faite à titre de récompense ou à un « titre analogue, tel que cause pie, la libéralité serait valable « mais elle pourrait être réduite si elle était excessive. Il y « aurait, au contraire, nullité si le donateur faisait une libé- « ralité que la loi n'autorise pas. Tel serait un legs ordinaire. »

Nous estimons que, quel que soit le mobile qui a poussé l'instituant, les dispositions qu'il a faites au préjudice de l'institution, sont réductibles par le juge à ce qu'il estimera pouvoir être considéré comme modique. La loi a tempéré elle-même la rigueur de l'irrévocabilité de l'émolument; il n'appartient pas aux juges de l'aggraver. Et ce serait l'aggraver que de suivre les suggestions de M. ANOUILH. Qui sait si, au moment où elles ont été faites, les libéralités attaquées n'eussent point été considérées comme négligeables, eu égard au patrimoine de l'instituant? Des revers de fortune ont pu se produire; un facteur restant fixe : la libéralité attaquée, l'autre diminuant très sensiblement, la proportion change forcément mais ce n'est pas une raison pour anéantir ce que l'instituant a probablement ou peut-être fait de bonne foi. L'institué ne

1. COIN-DELISLE, n° II, p. 576.

2. ANOUILH, p. 426.

3. LAURENT, n° 221, p. 260.

peut se plaindre puisqu'il obtient ce que l'instituant lui réservait.

Jurisprudence : Un arrêt de rejet du 1^{er} pluv. an IX
Req. 1^{er} pluv. an IX; S. chr. t. 1-1-418

a jugé que les questions relatives à la légitimité et à la modicité de la libéralité postérieure à l'institution contractuelle sont abandonnées à l'arbitrage des juges.

L'arrêt de PARIS 23 août 1811; Rép. DALLOZ, n° 2087, s'en rapporte à la sagesse des juges pour fixer le montant de ce dont l'instituant a pu disposer.

Voir aussi CAEN 16 nov. 1812; S. 13-2-63,

en ce qui concerne un legs rémunératoire fait à une vieille domestique, et qu'a maintenu la Cour d'Appel malgré une donation mutuelle entre époux faite peu de jours avant le décès du disposant.

De RIOM 4 août 1820; S. 21-2-313,

il semble bien résulter que la modicité se règle d'après la fortune de l'instituant quoique l'arrêt se soit fondé, pour annuler un legs de 3.000 francs, sur le motif, faux d'après nous, que le testateur avait disposé par institution contractuelle de la totalité de la quotité disponible (le quart de ses biens).

Les attendus de RIOM 15 nov. 1819; S. chr. t. 6-2-150, (il s'agit d'une promesse d'égalité) font également dépendre la modicité des dons de l'étendue de la fortune du disposant.

Libéralités à titre universel. — Cependant, si la libéralité attaquée — attaquée par l'institué après la mort de l'instituant, car elle ne peut l'être par ce dernier — si la libéralité attaquée affectait la forme universelle, elle serait annulée pour le tout, et non réduite à un taux moindre, même si elle pouvait être considérée comme modique. C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation, après délibération en Chambre du Conseil, le 23 février 1818 :

Civ. cass. 23 fév. 1818; S. chr. t. 5-1-436.

La Cour d'AMIENS (arrêt du 27 août 1814) avait réduit du quart au sixième, une disposition gratuite faite au préjudice d'une institution contractuelle antérieure.

« Attendu, disait-elle, que d'après les principes anciens et
« nouveaux, l'institution contractuelle laissait à l'instituant la
« liberté de disposer d'une partie de ses biens de la manière
« qu'il jugeait convenable; que la disposition, fût-elle à titre
« universel ou à titre particulier, n'était pas nulle, pourvu
« qu'elle ne fût pas infestée de fraude; qu'elle était seulement
« réductible si elle était excessive; que, dans l'espèce, la dona-
« tion était exempte de toute fraude; que seulement, eu égard
« aux facultés d'ACCARD père, il y avait lieu de la réduire à un
« sixième de la succession. »

La Jurisprudence de la Cour de Cassation, qui anéantit l'arrêt, se comprend très bien : l'instituant avait déjà fait, par sa première institution, un héritier; en disposant une deuxième fois à titre universel, il en avait fait un second qui, au préjudice du premier, eût été sur la même ligne que lui. Le donateur n'avait pas le droit de le faire : la loi n'admet un tempérament à l'irrévocabilité de l'institution, ne permet la disposition à titre gratuit des « objets » compris dans la donation que pour des « sommes modiques », et ces deux termes indiquent bien que la loi n'a envisagé que des dispositions à titre particulier.

En résumé, en vertu de l'atténuation apportée par la loi à l'irrévocabilité de l'émolument de l'institution contractuelle, seules parmi les dispositions gratuites, celles qui sont à titre particulier et que le juge estimera de faible importance quant aux intérêts en présence, sont permises malgré la préexistence d'une institution contractuelle ¹.

1. Il en était autrement dans l'Ancien Droit si nous en jugeons d'après les Arrêts de M. le Premier Président DE LAMOIGNON, art. XII, p. 255; « Ne pourra néanmoins l'instituant en disposer par donation entre vifs ou « testamentaire à titre universel ou de quotité, que jusqu'à la concurrence « d'un quart et au-dessous, au préjudice de l'institué, et si la disposition « excède le quart; elle sera retranchée et réduite au quart ».

Libéralités modiques en concurrence avec réserve de la faculté de disposer. — Nous verrons plus loin qu'il peut exister une deuxième atténuation à l'irrévocabilité de l'émolument, qui est due à la volonté du disposant : celui-ci stipule, dans le contrat, qu'il se réserve la faculté de disposer de certains des biens donnés, ou d'une quotité de ceux-ci, ou jusqu'à concurrence d'une somme déterminée.

Si l'instituant stipule cette atténuation, tant qu'il n'a pas dépassé, en largesses postérieures à l'institution, ce dont il s'est réservé de disposer, ses gratifications sont inattaquables, qu'elles soient modiques ou non, qu'elles soient particulières ou qu'elles affectent la forme universelle (il pourrait très bien s'être réservé de pouvoir disposer du tiers de ses biens par exemple).

La question qui se pose alors est de savoir si la réserve ainsi faite constitue un maximum, que le donateur ne pourra en aucun cas dépasser. En d'autres termes, si après avoir disposé des biens dont il s'était réservé l'emploi, il avait encore fait les dons modiques et à titre particulier dont nous venons de parler, ceux-ci seraient-ils maintenus? Certains auteurs prétendent que non. Par contre, MM. ANOUILH (p. 425) et BAUDRY-LACANTINERIE (n° 3.917, p. 839) affirment, et nous dirons avec eux, que ces libéralités de peu d'importance sont parfaitement valables¹. En effet, nous verrons plus loin que si l'instituant se réserve la possibilité de disposer de certains biens, ils restent à l'institué s'il n'en dispose pas. Au contraire, si le donateur exclut purement et simplement de son institution les mêmes biens, l'institué n'y pourra prétendre et il devra en cette dernière hypothèse, incontestablement supporter la réduction à son institution que constitueraient des dons modiques subséquents. Comment pourrait-il donc, alors que le donateur l'a placé, lui institué, dans une position meilleure en le laissant bénéficiaire du reliquat éventuel d'une catégorie de biens à laquelle il aurait très bien pu n'avoir aucun droit, comment pourrait-il se montrer plus exigeant si, par malheur pour lui,

1. Voir *infra*, p. 141.

non seulement tous les biens réservés ont été donnés mais encore le donateur a fait quelques dons modiques en supplément?

La Cour de RIOM, dans son arrêt du 15 nov. 1819 :

RIOM 15 nov. 1819; S. chr. t. 6-2-150,

a jugé en ce sens.

Un père avait fait sous forme de promesse d'égalité, une première institution contractuelle dont la bénéficiaire était sa fille. Il s'était néanmoins réservé la faculté de disposer de 2.000 francs comme il l'entendrait. Il disposa de cette somme dans une seconde promesse d'égalité qu'il fit à son fils. Avant de mourir, il laissa par testament, une pension annuelle et viagère payable par avance en faveur d'une domestique. La Cour maintint le jugement du Tribunal de GANNAT, ainsi conçu :

« Attendu que, quoique feu B... eût institué la dame P.,
« sa fille, son héritière par égale portion avec son frère, sous
« réserve de 2.000 francs, et qu'il ait disposé en faveur de son
« fils de cette somme, il ne s'ensuit pas moins qu'il a pu va-
« lablement disposer de sommes modiques et à titre de récom-
« pense »...

Aggravation de l'irrévocabilité. — Nous avons dit tout à l'heure que nous pouvions résumer en ces termes l'effet capital de l'irrévocabilité de l'institution contractuelle : l'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit des biens dont il a disposé par son institution, que par des libéralités modiques et faites à titre particulier. Ce sont là les conséquences légales de l'institution; elles n'ont nullement besoin d'être prévues au contrat.

Mais les parties peuvent-elles y ajouter?

L'instituant peut-il rendre sa condition pire en stipulant par exemple, que même les dons modiques lui seront interdits?

Peut-il encore s'interdire d'aliéner à titre onéreux? Nous sommes forcés une fois de plus d'anticiper un peu. En effet, nous dirons plus loin, que puisque l'irrévocabilité de l'institution contractuelle consiste, d'après la loi, à ne pouvoir plus

faire, au préjudice de l'institution, de disposition à titre gratuit, c'est que les dispositions à titre onéreux lui sont permises. Le disposant pourra-t-il, disons-nous, s'interdire contractuellement ces aliénations à titre onéreux, et ajouter ainsi à l'irrévocabilité de son acte initial, telle qu'elle est légalement conçue?

Examinons d'abord le cas des dons modiques. Nous ne pensons pas que l'instituant se puisse interdire la faculté de les faire, mais, qu'au contraire, s'il les faisait en contravention avec une telle interdiction, elles seraient valables. N'oublions pas en effet, que nous sommes en matière exceptionnelle et que les textes sont d'interprétation stricte. La loi n'a pas voulu que le donateur se liât les mains d'une façon absolue, ni qu'il fût « privé de la consolation de récompenser les services et l'affection ¹. »

Pourra-t-il au contraire s'interdire les aliénations à titre onéreux? Certains auteurs l'admettent d'emblée ².

Les uns assimilent une institution contractuelle faite avec une telle clause, à une donation cumulative de biens présents et à venir. Ils disent encore que l'instituant, qui aurait pu donner son bien par donation entre vifs ordinaire, c'est-à-dire avec dessaisissement immédiat, peut très bien avoir voulu s'assimiler à un tel donateur qui aurait cependant gardé l'usufruit des biens donnés (BONNET, TROPLONG). D'autres (COIN-DELISLE; sur art. 1083, n° 3, p. 573) disent que plus le donateur se lie, plus il se rapproche du droit commun, qui veut que la donation soit irrévocable.

Cette opinion avait prévalu dans un arrêt de la Cour de TOULOUSE :

TOULOUSE 18 janvier 1820; S. chr. t. 6-2-188 :

1. COIN-DELISLE, n° 17, pp. 576 et 577; BONNET, n° 436, p. 189 et DEMOLOMBE, n° 320, p. 346, sont du même avis.

2. ANOUILH, pp. 420 et 421 : « Cette convention n'a rien de contraire aux bonnes mœurs et à la loi ». — TROPLONG, n° 2349, p. 499, n'a « aucun doute sur la validité d'une telle clause ». — MARCADE ne prend pas nettement parti, n° 293, p. 210. — Voir ROLLAND DE VILLARGUES, nos 64 et 65, p. 393, où il est question de remploi. — Voir aussi BONNET, n° 422, p. 174. — VAZEILLE, n° 8, p. 299. — Rép. alph. DALLOZ, n° 2075.

« Attendu que F... le père s'étant inhibé la faculté de vendre
« sans le consentement exprès de son fils, il n'a pas pu con-
« trevenir à la loi du contrat qu'il s'était volontairement im-
« posée; attendu qu'il lui était d'autant moins permis de con-
« trevenir à cette convention expresse, qu'elle fit partie du con-
« trat de mariage de l'institué et qu'il est de principe que l'on
« ne peut rien changer aux conventions matrimoniales; at-
« tendu que cette convention ne serait nulle ou comme non
« avenue, qu'autant qu'elle serait contraire aux bonnes mœurs
« ou à la loi, ce qui n'existe pas dans l'espèce... »

Nous ne sommes pas de cet avis, et nous nous rangeons plutôt du côté de l'interprétation de la Cour de Riom, dont nous rapportons ci-dessous l'arrêt du 4 décembre 1810.

Lorsque l'art. 1083 définit l'irrévocabilité de l'institution, il détermine le sens restrictif dans lequel ce terme doit être entendu. Il y est question de dispositions à titre gratuit et nullement d'actes à titre onéreux. Comme nous sommes toujours en matière exceptionnelle, ici encore l'interprétation doit être stricte. L'article ne dit-il pas d'ailleurs : « En ce sens *seulement* » ? Si le législateur avait entendu permettre l'extension de l'irrévocabilité de l'institution contractuelle, telle qu'il la définit en termes explicites, il l'aurait dit. D'autre part, l'article 148 du projet de la commission portait que le « donateur
« conservera jusqu'à sa mort la liberté entière de vendre et
« d'hypothéquer, à moins qu'il ne se la soit formellement
« interdite en tout ou en partie »; or, ces mots ont été supprimés dans la rédaction définitive.

Nous ne voyons pas comment on peut assimiler une telle restriction aux droits de l'instituant, à la donation cumulative de biens présents et à venir qui fera l'objet de notre chapitre IX.

Nous entendons bien que, pas plus pour celle-ci que pour l'institution contractuelle proprement dite, il n'y a nécessité de termes sacramentels; mais, ou bien l'état des dettes prévu par l'article 1084 a été joint à la donation, et dans ce cas nous ne sommes plus dans le domaine de l'institution proprement dite, qui fait seule l'objet de notre étude en ce moment, ou bien l'état des dettes n'a pas été joint, et alors même qu'il a

été dans l'intention des parties que l'acte passé fût une donation cumulative, l'absence de cet état des dettes fait dégénérer cette dernière en une institution contractuelle pure et simple. Nous n'avons alors nullement le droit d'en faire une disposition mixte, tenant de l'une et de l'autre, en permettant que, bien que dégénérée, notre donation cumulative n'en reste pas moins, par ses effets, une donation cumulative.

Nous n'optons pas plus pour l'assimilation d'une telle disposition à une donation entre vifs avec rétention d'usufruit. Certes, les effets sont identiques. Si l'instituant avait voulu faire une donation entre vifs en se réservant l'usufruit, il eût très bien pu le faire. Sa donation se fût alors certainement comportée comme le ferait, si la clause spéciale dont il est question était permise, une institution dans laquelle aurait été stipulée l'interdiction d'aliéner les biens présents, ou certains d'entre eux, à titre onéreux. Mais c'est déplacer la question. Les juges ont-ils reconnu que l'intention du disposant était de faire une institution contractuelle, à l'exclusion d'une donation entre vifs proprement dite? Dans ce cas, la disposition doit suivre les règles de l'institution contractuelle, dont l'irrévocabilité spéciale a été parfaitement définie par l'article 1083 : seuls les actes à titre gratuit sont interdits, sauf la réserve légale ou celle que s'est faite l'instituant. C'est l'opinion d'auteurs éminents¹ et comme nous l'avons dit plus haut il en fut jugé ainsi par la Cour de Riom :

Riom 4 déc. 1810; S. 1813-2-348 :

Après avoir institué sa fille son héritière universelle, un père s'était remarié et avait accordé à sa femme, dans leur contrat de mariage commun, une rente annuelle de 300 francs et un droit d'habitation. Il avait obtenu que sa fille intervînt au contrat pour approuver, en tant que de besoin, cette donation; mais la fille l'avait fait à la condition que le père s'engageât, ce qu'il fit, à ne pas aliéner ses immeubles au préjudice de l'institution contractuelle de ladite fille.

1. DEMOLOMBE, n° 314, p. 341. — LAURENT, n° 215, p. 255. — AUBRY et RAU, p. 672.

Le père aliéna cependant ses immeubles contre une rente viagère. Attaquée par la fille, cette aliénation fut jugée bonne et valable par le tribunal de MOULINS (jugement du 11 juin 1806), l'interdiction d'aliéner étant nulle comme pacte sur succession future et la Cour d'Appel « déterminée par les « motifs exprimés au jugement de première instance et y « ajoutant, attendu qu'aux termes de la loi l'instituant n'est « pas dans la prohibition de vendre à titre onéreux;... dit qu'il « a été bien jugé..., etc. »

A vrai dire, cet arrêt n'est pas très probant, car il est à remarquer que le père instituant s'était interdit d'aliéner ses immeubles, non dans le contrat de mariage même qui contenait l'institution, mais à un autre moment, dans un autre acte qui n'avait rien à voir avec l'institution en question, alors que l'immutabilité des conventions matrimoniales s'opposait à ce qu'il fût apporté des changements au premier contrat de mariage. Nous croyons cependant que si pareille interdiction avait été incorporée dans l'institution initiale, la Cour de RIOM eût jugé de même comme l'a fait d'ailleurs

PARIS 9 fév. 1875; S. 75-2-129; D. P. 75-2-155.

En effet, il faut observer que la constitution, dans le contrat d'institution contractuelle, d'une hypothèque au profit de l'institué pour garantir son droit est pareillement nulle, puisqu'elle se résoud en une interdiction d'aliénation, à quelque titre que ce soit, de la part de l'instituant. Si ce dernier dispose à titre gratuit de l'immeuble hypothéqué, l'hypothèque est inutile; s'il l'aliène à titre onéreux, la défense qu'il s'en est faite n'étant pas valable, l'hypothèque qu'il a consentie ne sert à rien non plus. C'est ce qu'a jugé la Cour de PARIS :

« Considérant que DE SÉGUR DE LAMOIGNON n'a pu valable-
« ment donner une hypothèque destinée à garantir l'institu-
« tion contractuelle dont il était l'auteur... que le caractère
« essentiel de l'institution contractuelle étant de laisser à son
« auteur la parfaite liberté de jouir de son patrimoine et d'en

« disposer à titre onéreux, est incompatible avec une hypothèque de ce genre ¹... »

Enfin, notre opinion s'étaie aussi sur l'arrêt tout récent de la Cour de Cassation :

Civ. Cass. 5 juil. 1928; S. 1929-1-56 :

une pareille convention de renonciation constituerait une stipulation sur succession future qui, ne rentrant pas dans l'exception prévue aux articles 1082 et 1083 du Code Civil, tomberait sous la règle générale posée par les articles 791 et 1130 du même Code.

B. Exceptions à l'irrévocabilité du titre. — Avant de continuer l'étude des effets de l'institution contractuelle vis-à-vis de l'instituant, nous voudrions revenir un peu sur l'irrévocabilité telle que nous l'avons envisagée dans son premier sens, c'est-à-dire dans le sens de l'irrévocabilité du titre. Dès qu'elle est parfaite, l'institution est juridiquement intangible : ni de sa propre volonté, ni avec l'accord de l'institué, le disposant n'y peut porter atteinte. Mais, ne perdons pas de vue que notre institution est une donation, et il s'ensuit qu'il y a lieu de voir si les causes qui font révoquer les donations n'ont pas le même effet sur les institutions contractuelles.

Nous savons (art. 953) que les donations entre vifs sont révocables pour cause d'ingratitude, de survenance d'enfant ou d'inexécution des charges.

Ingratitude. — En ce qui concerne l'ingratitude, nous pensons, avec l'unanimité des auteurs, que l'art. 959 ne laisse subsister aucun doute : « Les donations en faveur de mariage ne « seront pas révocables pour cause d'ingratitude », dit-il. Nous croyons avoir assez bien établi que l'institution contractuelle, non seulement est faite en faveur du mariage, mais qu'elle n'a été autorisée que par faveur de mariage. Comme nous avons aussi établi qu'elle est une donation, elle entre forcément dans la catégorie visée par l'art. 959.

1. Voir l'arrêt et la note de M. LYON-CAEN.

Cela choque sans doute le sens moral, et il peut paraître surprenant que le législateur n'y ait mis bon ordre, mais c'est compréhensible pourtant : à supposer que le conjoint du donataire n'ait pas uniquement été mû, lorsqu'il a consenti à se marier, par l'espoir de recueillir une succession intéressante, il est vraisemblable que cet espoir a eu quelque effet sur sa détermination. Il serait donc injuste, en l'état actuel de nos mœurs, de lui enlever à cause d'une faute de son époux, le bénéfice d'une libéralité sur laquelle il était en droit de compter.

Donc, l'institution contractuelle n'est pas révocable pour cause d'ingratitude, mais cela ne lui est pas spécial; c'est seulement une conséquence de ce qu'elle est faite par faveur de mariage; elle suit en cela les mêmes règles que suivrait une donation entre vifs proprement dite faite dans les mêmes conditions.

Sous l'Ancien Droit, il semble bien qu'il en ait été autrement ¹, mais en présence de notre article 959 du Code Civil, la considération de la législation ancienne ne saurait entrer en ligne de compte.

Survenance d'enfant. — Voyons maintenant les effets de la survenance d'enfant. L'article 960 est, en la matière, aussi explicite que l'art. 959 dans le cas précédent. Toutes les donations entre vifs « même celles qui auraient été faites en faveur de mariage » ce qui serait le cas le plus défavorable, demeurent révoquées par la survenance d'un enfant légitime..., etc. Même les donations mutuelles et rémunératoires sont annulées, par cet article, pour cause de survenance d'enfant.

Comme en matière de donation entre vifs proprement dite, il faut que l'instituant n'ait pas, au moment où il fait l'institution, d'enfant vivant.

(Voir ROUEN 24 mai 1841 sous Req. 30 juin 1842; S. 1843-I-539.)

Si un enfant est en état d'absence déclarée, rien ne prou-

1. AUROUX DES POMMIERS, n° 24, p. 331. — DE LAMOIGNON, art. 7, p. 254.

vant qu'il soit mort, une institution faite par le père de cet enfant absent et à qui, postérieurement à l'institution, il vient un autre enfant, n'est nullement révoquée par la survenance de ce dernier.

L'état de conception d'un enfant au moment de l'institution ne ferait pas obstacle à ce que sa naissance vînt révoquer l'institution faite entre sa conception et sa naissance. Pour qu'il n'y ait point révocation, il faut qu'il y ait eu, au temps de la donation, au moins un enfant actuellement *vivant*. Un enfant conçu ne répond point à cette condition et, en l'espèce, il doit être considéré comme non existant au temps de la donation. D'ailleurs, la loi a pris soin de le dire en termes exprès dans l'article 961 bien que cela n'eût pas été indispensable.

L'enfant naturel lui-même, s'il est légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, joue le même rôle que l'enfant légitime; il suffit qu'il ne fût pas né au moment de la donation. Il faut donc deux conditions pour que la naissance d'un enfant naturel révoque une institution contractuelle. La première, c'est que cette naissance prenne place après l'institution; la deuxième, c'est que l'enfant perde son état d'enfant naturel pour prendre celui d'enfant légitime.

Quant à l'adoption, elle ne saurait aucunement avoir les effets de la survenance d'enfant. Ce serait trop facile, en effet, d'éluder, par ce moyen, l'irrévocabilité de l'institution. Il faut d'ailleurs remarquer que l'enfant adopté ayant les mêmes droits de succession qu'un enfant légitime, le fait de son adoption révoquera, pour partie, l'institution antérieure à l'adoption, car l'émolument de l'institution, si elle est universelle; sera diminué de la réserve à laquelle a droit l'adopté¹.

Donc, la nature de donation entre vifs que présente l'institution contractuelle fait subir à celle-ci les règles de révocation de la première. Nous savons que c'est la naissance seule, en état de viabilité, de l'enfant, qui révoque la donation, et non sa survie. L'article 963 dit bien que la donation est révoquée de plein droit, qu'elle est anéantie, et l'article 964 l'em-

1. Voir DURANTON, n° 748, p. 756.

pêche de revivre, la mort de l'enfant survenu, ou la confirmation de la libéralité atteinte restant inopérantes. En ce qui concerne la donation entre vifs proprement dite, lorsque le donateur tient à ce que sa libéralité vienne à effet malgré l'événement qui l'a détruite, il peut en faire une autre dans les formes solennelles requises. Cette nouvelle donation sera alors irrévocable, quel que soit le nombre d'enfants qu'il advienne au donateur. Il n'en est évidemment pas de même en ce qui concerne l'institution contractuelle. Comme elle ne peut être faite que par contrat de mariage, si les bénéficiaires se sont mariés, il est trop tard : l'institution est perdue pour eux ; leur bienfaiteur ne pourra les dédommager, s'il le désire, que par une donation entre vifs, ce qui semble improbable car il eût vraisemblablement employé ce mode de ratification en premier lieu s'il n'avait pas craint de se dépouiller, ou par testament, ce qui est bien précaire.

Rappelons enfin que la révocation des donations pour cause de survenance d'enfant est d'ordre public, qu'il ne peut y être contrevenu par des renonciations portées à l'acte, ou postérieures à celui-ci. En outre, le donataire ne pourrait opposer que la prescription la plus longue, celle de trente ans, au cas où, par extraordinaire, il aurait été mis en possession des biens de l'institution, et le point de départ de cette prescription serait le plus défavorable pour lui : l'époque de la naissance du dernier enfant, même posthume. Enfin, la prescription en question serait sujette aux interruptions qu'a prévues la loi.

En un mot, la protection des enfants venus après l'institution, lorsqu'il n'y en avait pas de vivant à l'époque de celle-ci, est d'une force telle, qu'il doit vraisemblablement être impossible qu'une institution contractuelle puisse venir à effet, lorsqu'elle a été révoquée par la survenance d'un enfant.

ANCIEN DROIT. — La règle de la révocation pour survenance d'enfant était la même sous l'Ancien Droit ¹ et le savant

1. Art. 39 de l'Ordonnance de 1731; POTHIER, Introduction au titre XVII; appendice, n° 27, p. 624. — FURGOLE, sur art. 39, p. 310 et

jurisconsulte DUMOULIN la fit jouer à son profit : il avait institué son frère son héritier universel; puis il se maria sur le tard et eut un enfant de son mariage.

Cependant, la Coutume d'Auvergne (art. 33 du titre 14) et du Bourbonnais (art. 225), maintenaient les institutions contractuelles, comme toutes les donations faites par contrat de mariage ¹.

AUROUX DES POMMIERS (sur art. 225; n° 4, p. 328), prétend d'ailleurs qu'en Bourbonnais, ce n'est pas la simple survénance d'enfant qui révoque, mais sa survie au père donateur, si celui-ci n'a pas révoqué explicitement; il va même plus loin (n° 5) : même si le père poursuit la révocation, il faut, pour qu'elle soit accordée, que l'enfant existe au temps du trépas du disposant; enfin (n° 11, p. 329), le père peut ratifier et approuver valablement la donation depuis la survénance d'enfant; celui-ci n'aura droit qu'à sa légitime.

Par contre, RICARD et LAMOIGNON ajoutent encore à la rigueur de la révocation :

RICARD (n° 1077, p. 248) prétend que « l'institution par « père et mère mariant leur fille unique, en cas qu'il n'y « eût pas d'autres enfants descendant d'eux, devient caduque, « si l'un d'eux a depuis des enfants d'un second mariage », et il cite un arrêt du 2 août 1676, troisième tome du *Journal des Audiences*, livre 10, chap. 27, coutume de la Marche.

D'après LAMOIGNON (art. XLVII, p. 250) : « La donation faite « par un père n'ayant que des filles, à un parent portant son « nom, ou à la charge de porter son nom, est révoquée par « la survénance d'un enfant mâle ».

suiv. — BOURJON, n° 5, p. 74. — LEBRUN, n° 30, p. 25. — DE LAMOIGNON, art. 43, p. 249. — BOUCHEUL, ch. xxxv, n° 56, p. 595.

1. AUROUX DES POMMIERS, sur l'art. 225, n° 23, p. 330. — BOUCHEUL, ch. xxxv, n° 58, p. 596. — LEBRUN, en ce qui concerne la Coutume d'Auvergne, n° 30, p. 25. — CHABROL (Auvergne), art. 33 du titre XIV, p. 403.

SECTION III

INSTITUTION AVEC CHARGES

Il nous reste enfin à étudier les effets de l'inexécution des charges sur l'institution contractuelle.

Et d'abord, l'institution contractuelle peut-elle être faite avec charges ou sous conditions?

Incontestablement. Elle se fait, avons-nous vu, par accord de volontés, puisque c'est un contrat. Dès lors, les contractants peuvent convenir de modifier les effets légaux ordinaires, qui ne sont pas d'ordre public, de l'acte conclu; ils peuvent subordonner leur consentement à tout ce qui n'est pas illégal, contraire aux bonnes mœurs ou d'exécution impossible. Particulièrement, l'instituant peut mettre à la charge de l'institué certaines prestations, présentes ou à venir, subordonner sa libéralité à la réalisation ou à la non-réalisation de certains événements déterminés.

C'est de droit commun, mais il y a plus : l'article 1086, qui reproduit presque textuellement l'art. 18 de l'ordonnance de 1731¹, permet à l'instituant d'imposer le paiement de toutes les dettes et charges de sa succession, et de soumettre l'institution à des conditions potestatives de sa part. Cet article 1086 n'est d'ailleurs que la confirmation et le développement de l'article 947 qui se réfère, entre autres, à l'article 944. De droit

1. *Ordonnance de 1731*, art. 18 : Entendons pareillement que les donations des biens présents faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, même les légitimes indéfiniment, ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de la volonté du donateur, puissent avoir lieu dans les contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendants, par quelques personnes que lesdites donations soient faites, et que le donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation; et en cas que ledit donateur par contrat de mariage se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ces biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur lesdits biens, voulons que s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartienne au donataire ou à ses héritiers et soit censé compris dans ladite donation.

commun (art. 944) « toute donation entre vifs faite sous des « conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du « donateur, sera nulle ». Il y est fait exception (art. 947) pour les donations qui figurent au chapitre VIII, que nous étudions, et notre article 1086 sanctionne cette exception.

Mais il faut bien s'entendre : il ne s'agit nullement de la condition *si voluero*, mais de la condition potestative ordinaire ¹ c'est-à-dire, par exemple, de la réalisation d'un événement qui, lui, dépend de la volonté de l'instituant. Ainsi, sera parfaitement valable l'institution faite de cette manière : « Si je ne me marie pas » ou « si je ne démissionne pas de mon emploi ». Evidemment, on peut soutenir que cela revient à peu près à dire : « Si je veux » puisque — s'il s'agit d'un homme, tout au moins, et qui ne soit ni un monstre ni un individu taré — l'instituant se mariera s'il le veut, ne serait-ce que pour faire tomber l'institution contractuelle, et il donnera sa démission, également, si cela lui plaît. Mais, et c'est en cela que réside toute la différence, il faut qu'il accomplisse un acte déterminé pour que la condition résolutoire se réalise, ou pour que la condition suspensive défaille.

L'ancienne donation à cause de mort pouvait être comparée à une institution contractuelle qui aurait été faite sous une condition purement potestative, une condition *si voluero*, puisqu'il suffisait au donateur de le vouloir, de le désirer, pour faire tomber sa libéralité; mais, en ce sens, elle ne peut être comparée à l'institution affectée des conditions visées à l'article 1086; la seule volonté serait impuissante pour détruire directement l'institution; l'expression de la volonté destructrice de l'instituant ne peut se faire que par l'intermédiaire d'un acte juridique. Il faut que l'instituant contracte les dettes dont il a imposé l'acquittement au donataire, qu'il fasse s'accomplir la condition résolutoire, ou défaillir la condition suspensive dont il a affecté la libéralité. (Rép. DALLOZ : n° 2.197.)

Remarquons en passant que les facilités accordées par l'article 1086 à l'instituant lui permettent, s'il en use lors du

1. Voir BAUDRY-LACANTINERIE, n° 3865, p. 819.

contrat de mariage, de faire litière, s'il le veut, de l'irrévocabilité de son institution. Il lui est en effet parfaitement possible d'imposer à l'institué « l'obligation de respecter les dispositions, même gratuites, que par la suite il pourrait faire jusqu'à épuisement des biens donnés¹. »

Mais revenons à ce qui nous occupe : Quel est l'effet vis-à-vis de l'institution, de l'inexécution des charges. L'article 1086 dit : « Le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation ».

Ce langage nous semble clair. Nous sommes encore obligés d'anticiper un peu sur nos développements ultérieurs pour dire qu'il est possible à l'institué, lors de l'ouverture de l'institution, de renoncer à son bénéfice. C'est ce qu'il devra faire s'il ne veut pas accomplir les charges dont son émolument est affecté. Ou il doit se soumettre aux obligations qu'il a librement acceptées, ou il doit renoncer.

Ceci, évidemment, si les charges ne sont susceptibles d'être subies qu'à la mort de l'instituant. Ainsi, il était assez fréquent, sous l'Ancien Droit, de faire une institution contractuelle au profit de l'un des enfants, sous la condition qu'il payât aux autres telle somme en deniers, pour leur tenir lieu de légitime. L'institué, constatant que, compte tenu de la dépréciation du patrimoine de l'instituant, la somme qu'il eût dû verser à ses frères et sœurs était telle que ce qu'il lui fût resté après cette distribution eût été inférieur à ce qu'il eût touché en qualité d'héritier *ab intestat*, refusait alors de verser à ses frères et sœurs la somme convenue. Refusant la charge, il perdait le bénéfice, si l'on peut dire, puisqu'il eût été négatif.

Mais les charges dont il est question peuvent devoir être subies préalablement à l'ouverture de l'institution. L'instituant peut très bien, par exemple, avoir subordonné sa gratification à l'obligation pour l'institué, de l'héberger à partir d'un certain âge et jusqu'à sa mort. Que se passera-t-il si l'institué ne remplit pas ses devoirs ? Il ne peut être question pour

1. BONNET, n° 569, p. 392.

l'institué d'une alternative entre l'exécution des charges et la renonciation à l'institution, puisque celle-ci n'est pas ouverte. La solution dépend, à notre sens, des termes en lesquels la convention aura été passée.

En droit commun, toute obligation de faire nécessite une mise en demeure, avant que puissent être intentées les poursuites tendant à l'exécution de l'obligation ou à la réparation, au moyen de dommages-intérêts, du préjudice causé (article 1139; article 1146). S'il n'a pas été question, dans le contrat d'institution, de mise en demeure par la seule échéance du terme, ni de résolution de plein droit, cette mise en demeure doit être faite par les voies de droit (sommation, commandement, demande en justice) et nous dirons avec M. BONNET¹ que « la résolution ne procédant ici que de la sentence du « juge, le donataire aura toujours le moyen de s'y soustraire « par l'exécution des charges, soit depuis l'échéance du terme, « soit depuis la sommation qui lui aurait été faite d'exécuter, « soit même depuis l'introduction des poursuites. » Et comme lui encore, nous pensons qu'il n'est pas nécessaire de faire une mise en demeure, préalablement à la demande en justice que requiert l'article 1184. Cette demande en justice le constitue elle-même en demeure; elle est un de ces « autres actes équivalents » dont parle l'article 1139 et, puisque nous accordons à l'institué la possibilité de remplir ses obligations même depuis l'introduction des poursuites, on voit mal la raison qui forcerait d'user vis-à-vis de lui, qui ne fait pas ce à quoi il s'est obligé, de ménagements superflus.

Si, au contraire, les parties avaient convenu qu'à l'échéance du terme pour remplir les obligations imposées, la résolution de l'institution aurait lieu de plein droit, nous nous heurterions à l'article 956 : « La révocation pour cause d'inexécution des conditions..., n'aura jamais lieu de plein droit. » Il faudra, comme dans le cas précédent, la demander en justice. Nous estimons que le juge aurait le droit d'accorder des délais (article 1184, 3^e alinéa). Il ne faut pas perdre de vue,

1. BONNET, n^o 651, p. 503.

en effet, que la caractéristique principale de notre disposition est d'être irrévocable. Si son irrévocabilité est suspendue à des fils ténus qu'ils risquent de se rompre au moindre heurt, il vaut mieux n'en plus parler et la soumettre, ce que nous ne pouvons faire, aux règles des contrats en général, puisqu'elle en est un, plutôt qu'à celles des donations entre vifs. Nous dirons avec COIN-DELISLE, sur l'article 956, n° 4, p. 284, que la clause de révocabilité de plein droit se trouvant en opposition avec les termes de l'article 956, elle est contraire à la loi et, comme telle, elle doit être réputée non écrite (art. 900). En un mot, nous sommes amenés aux mêmes conclusions qu'au paragraphe précédent.

Nous ne pensons pas non plus qu'elles seraient changées par la stipulation qu'à défaut d'exécution des charges à l'époque fixée, la donation serait résolue par la seule échéance du terme, *et sans qu'il soit besoin de sommation*.

La révocation éventuelle est laissée à la sagesse des juges, qui apprécieront si réellement la charge a été une condition absolue de l'institution, et si l'exécution après le terme fixé ne correspond pas à ce qu'attendait le donateur.

M. BONNET (N° 648, p. 502) examine le cas où la charge imposée à l'époux donataire était telle de sa nature qu'elle ne pût être exécutée que par lui seul et qu'il fût mort sans l'avoir remplie. Il nous semble nécessaire, en cette hypothèse, de distinguer deux cas :

a) Le donataire était en demeure lors de son décès, et il n'avait pas rempli ses obligations. Nous croyons dans ce cas que le juge ne pourrait que révoquer l'institution, au cas où cette révocation lui serait demandée, si la charge était une condition absolue et irritante de la donation, et condamner la succession du donataire aux dommages-intérêts auxquels il eût condamné le donataire lui-même s'il avait vécu.

b) Le donataire n'était pas en demeure. Lui seul pouvant remplir l'obligation, et le donateur ne pouvant prouver sa mauvaise foi, ce dernier ne pourrait exercer aucun recours utile contre les descendants du donataire : l'institution subsis-

terait, et il n'y aurait lieu à aucune condamnation aux dommages-intérêts.

Il y a lieu de raisonner d'une manière identique lorsque l'exécution des charges, possible au moment de l'institution, est devenue impossible par la suite. Si le donataire n'est pour rien dans la survenance de l'impossibilité, et s'il n'était pas en demeure à ce moment, on ne peut rien lui reprocher; la résolution ne saurait être prononcée, pas plus qu'elle ne le serait si l'impossibilité procédait, à n'importe quel moment, de la faute ou du fait du donateur ¹.

Nous terminerons par quelques petites remarques qui vont de soi mais sur lesquelles il n'est cependant pas mauvais d'attirer l'attention :

En premier lieu, en cas de révocation de l'institution contractuelle, soit pour survenance d'enfant, soit pour inexécution des charges, « la disposition demeure anéantie, non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé. Les choses « sont remises au même et semblable état qu'auparavant ². » Nous verrons plus loin ce que cela signifie au juste.

En second lieu, il ne faut pas perdre de vue que c'est l'inexécution des charges afférentes à l'institution proprement dite, qui en permet la révocation. L'inexécution des charges ayant trait à une disposition accessoire, n'aurait d'effets que sur cette disposition accessoire, et nullement sur l'institution. Si, par exemple, l'instituant disposait de tous ses biens par voie d'institution contractuelle, et qu'il se démit de l'usufruit d'une certaine partie d'entre eux, à la charge, par le donataire, de faire telle et telle chose, l'inexécution de cette charge n'entraînerait que la révocation de la démission d'usufruit, mais l'institution contractuelle n'en souffrirait en aucune façon. C'est ce qui fut jugé par RIOM 17 avril 1818; S. chr. t. 5-2-373.

1. Cf. BONNET, n° 656, p. 509.

2. BONNET, n° 649, p. 503.

SECTION IV

EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES A L'IRREVOCABILITE

Il est bien acquis, croyons-nous, que le principal effet de l'institution contractuelle, celui en lequel se résume tout, c'est son irrévocabilité. Et l'on ne doit pas en être étonné, puisque l'institution contractuelle est une donation entre vifs, et que le caractère principal de celle-ci est d'être irrévocable.

Cependant, l'irrévocabilité n'est pas la même dans les deux cas. La donation entre vifs proprement dite ne permet même pas les dispositions à titre onéreux des biens qu'elle englobe, encore moins les dispositions à titre gratuit. L'institution contractuelle, elle, n'empêche que ces dernières, et encore la loi y a-t-elle aménagé un tempérament, en permettant à l'instituant de faire des dons ou legs modiques. Elle a fait plus : elle a permis à l'instituant d'affecter, pour partie, sa disposition, de révocabilité conditionnelle. Elle l'a fait par l'article 1086, seconde partie, qui s'exprime ainsi : « Et en cas que
« le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté
« de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens
« présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes
« biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé,
« seront censés compris dans la donation et appartiendront
« au donataire ou à ses héritiers. »

C'est là une exception à la célèbre règle : « Donner et retenir ne vaut », qui déjà sous l'Ancien Droit était devenue : « Donner et retenir, hors mariage, ne vaut »¹.

Il ne fait plus aucun doute pour personne que l'article 1086 embrasse aussi bien les donations entre vifs proprement dites, visées par l'article 1081, que les institutions contractuelles, visées par l'article 1082, et que les donations cumulatives de biens présents et à venir dont il est question à l'article 1084. Les discussions ont été particulièrement sérieuses en ce qui

1. LEBRUN, n° 24, p. 23. — FURGOLE, question 38, n° 9, p. 324. — CHABROL, art. 26, section 4, p. 362.

concerne les donations de l'article 1081, mais nous n'avons pas à nous en occuper : elles sortent du cadre de notre travail.

Pour ce qui est des institutions contractuelles, un doute pourrait surgir, dû à la rédaction de l'article 1086, deuxième partie, dans laquelle il est parlé de la donation de biens présents. C'est qu'à notre avis, cette deuxième partie, que nous avons rapportée à dessein, parce qu'elle est très claire, n'a pas été écrite pour la donation de biens à venir, quoiqu'elle s'y rapporte aussi. Elle est, de deux façons différentes, interprétative de la première partie de l'article : elle donne un exemple des dispositions conditionnelles qui peuvent être faites dans les donations par contrat de mariage, et elle marque que la disposition dont il est question, s'applique aussi à la donation de biens présents, qui est le cas le plus défavorable; elle tient à indiquer l'abrogation de la règle : « Donner et retenir ne vaut » dans ce cas particulier.

Donc, en cas d'institution contractuelle, si l'instituant s'est réservé le droit de disposer d'un ou de plusieurs objets, qui figurent dans son patrimoine au moment du contrat, ou d'une somme déterminée, cela revient à dire qu'il englobe ces effets ou cette somme dans sa libéralité, mais qu'il affecte celle-ci d'une condition résolutoire simplement potestative, limitée aux effets en question.

S'il en dispose, lesdits effets sont censés n'avoir jamais fait partie de l'institution. S'il n'en dispose pas, en cas d'institution contractuelle comme en cas de donation entre vifs pure et simple, les effets ou la somme appartiendront au donataire. Nous verrons plus tard ce qu'il y a lieu d'entendre par l'expression « ou à ses héritiers » adjointe au terme « donataire », de l'article 1086 *in fine*.

On peut voir, dans cette réserve de la faculté de disposer, faite par l'instituant, une façon détournée d'obliger le donataire à avoir tous les égards possibles envers le donateur. En effet, s'il est ingrat envers lui, l'instituant ne peut quand même pas révoquer sa libéralité quand il l'a faite pure et simple, sans modalité. Si au contraire, il s'est réservé la faculté de

disposer d'une partie importante de ce qui reviendrait à l'institué, celui-ci, par crainte que le donateur n'use de la faculté, s'abstiendra tout au moins d'ingratitude à son égard.

Il convient de faire remarquer que ce qui précède n'a lieu qu'au cas où l'instituant s'est réservé la faculté de disposer. S'il s'est réservé l'effet ou la somme purement et simplement, il va de soi qu'il les a exclus par cela même de sa donation, qu'ils n'en font pas partie, et que, quelle que soit sa détermination ultérieure à leur égard, ils ne peuvent appartenir à l'institué par le fait de son institution¹.

Il en aurait été ainsi jugé par

Rej. 13 prairial an II; Rép. DALLOZ : n° 2211,

par interprétation de l'article 18 de l'Ordonnance de 1731, dont notre article 1086 n'est que l'image.

C'est l'examen des termes du contrat et l'intention présumée du disposant, qui diront s'il y a eu réserve pure et simple des objets, ou réserve de la faculté d'en disposer.

Il est probablement inutile de spécifier que, pour faire sortir les effets envisagés de l'émolument de l'institution contractuelle, il est indispensable que l'instituant en dispose, c'est-à-dire les attribue à d'autres qu'à l'institué. Il ne lui suffirait pas de déclarer qu'il entend purement et simplement priver le donataire de ces objets. Malgré la réserve de disposer qu'il s'est faite, l'instituant n'en est pas moins lié par l'irrévocabilité de l'institution :

AGEN 17 janv. 1807; S. chr. t. 2-2-189;

Comp. GRENOBLE 27 janv. 1809; S. 11-2-222.

Priver le donataire purement et simplement, sans autre affectation des biens qu'on lui retire, ce serait soumettre l'institution contractuelle à une condition purement protestative, et cela ne se peut faire. Donc, si le donateur n'a pas disposé des biens, ils font partie de l'institution².

L'instituant pourrait-il remplacer les biens qu'il a désignés.

1. Comp. POUJOL, sur art. 1086, n° 2, p. 517. — VAZEILLE, n° 4, p. 308.

2. Comp. DURANTON, n° 741, p. 749.

lors du contrat, par d'autres « qui existaient au moment de l'institution ou qui lui sont advenus postérieurement? Ainsi, il s'est réservé la faculté de disposer de tel immeuble désigné, mais pour des raisons d'opportunité, c'est tel autre qu'il donne. Dira-t-on que l'immeuble envisagé dans le contrat appartient à l'institué parce qu'il n'a pas été donné, et que l'autre, qui a été donné à sa place, qui a la même valeur par hypothèse, appartient encore à l'institué parce qu'il ne pouvait être donné, en vertu de l'irrévocabilité de l'institution?

TROPLONG¹ dit que toujours l'immeuble A peut remplacer l'immeuble B, l'institué n'ayant aucun intérêt à critiquer cette substitution sans importance d'une chose à une autre.

VAZEILLE² dit que la justice pourrait valider la disposition d'une autre chose comme l'équivalent de celle qui fait l'objet de la réserve.

BONNET³ dit que « la chose importante, c'est que le donataire n'ait pas à souffrir de la substitution »⁴.

Pour nous, nous croyons qu'il y aurait quelque exagération à opter dans tous les cas pour la substitution, d'une manière générale et absolue, comme aussi d'ailleurs à décider le contraire de la même façon. Notre avis est, qu'il y a lieu d'interpréter le contrat, de s'attacher à l'intention des parties. S'il appert que la désignation a simplement été indicative, l'institué n'ayant nullement à se plaindre qu'il y ait eu substitution, par l'instituant, d'un autre effet de même valeur à celui primitivement envisagé, ne peut attaquer la disposition. Et même, si la valeur de l'immeuble donné par remplacement dépassait celle de l'immeuble désigné, il n'y aurait pas lieu d'annuler la libéralité, mais simplement de la réduire : on ne rentre pas ainsi, en effet, dans la catégorie des dispositions gratuites prohibées par la loi. Il n'en serait pas de même, par contre, si l'instituant, au lieu d'un don à titre particulier qu'il s'était réservé

1. TROPLONG, n° 2352 et 2465, pp. 502 et 636.

2. VAZEILLE, n° 3, p. 295.

3. BONNET, n° 431, p. 185.

4. Voir Req., 26 mars 1845; S. 47-1-120.

la faculté de faire, avait fait don d'une quote-part de son patrimoine même si cette quote-part avait une valeur inférieure à celle de l'immeuble désigné. L'institution contractuelle prohibe absolument toute disposition ultérieure à titre universel ¹.

Cette considération nous amène à préciser que bien qu'il soit parlé, au texte de l'article 1086, 2^e partie, d'effet et de somme fixe, la réserve peut parfaitement être d'une quote-part de l'institution : c'est toujours une condition résolutoire potestative, adjointe à la disposition, et cette condition est permise par la première partie de l'article. Lorsque la réserve serait ainsi faite, toute disposition dépassant la quote réservée serait réduite à celle-ci.

Quid si le donateur, en se réservant la faculté de disposer de tel effet déterminé, ou de telle quote de son institution, avait désigné le bénéficiaire de la disposition éventuelle envisagée? Ici encore « tout dépend des circonstances. Si la désignation paraît être limitative, le donateur ou l'instituant ne peuvent gratifier une autre personne. Si, au contraire, elle n'est qu'indicative, ils ont le droit de disposer au profit de « qui que ce soit » ².

BONNET aussi ³ fait dépendre la solution de la question, des circonstances ou de l'intention présumée du donateur.

L'instituant pourrait même avoir été plus loin; il pourrait avoir indiqué le motif pour lequel il s'était réservé la faculté de disposer d'une certaine somme ou de tel objet. Qu'arriverait-il s'il disposait d'une autre manière que celle prévue? Nous croyons que nous pouvons adopter la solution donnée par

BORDEAUX 19 janv. 1827; S. 28-2-4,

dans une espèce où la donatrice par contrat de mariage avait fait donation de tous ses biens présents, sous la réserve

1^o de l'usufruit, la vie durant de la donatrice;

1 Comp. COIN-DELISLE, n^o 15. p. 576.

2. TROPLONG, n^o 2464, p. 636.

3. BONNET, n^o 435, p. 188.

2° d'une somme de 24.000 livres « à prendre sur les biens qui « composent la donation, pour, par la donatrice en disposer « comme bon lui semblera, en l'employant en tout ou partie « au paiement des dettes ou autres apportionnements en faveur de ses filles, qui restent à établir ».

Il est à remarquer que cette espèce n'était point une institution contractuelle, mais une donation entre vifs proprement dite avec réserve d'usufruit, et que, d'autre part, la somme de 24.000 livres avait été réservée purement et simplement, c'est-à-dire qu'elle ne devait pas faire partie de la donation, dût la donatrice n'en point faire usage. Cependant, nous croyons que s'il en avait été différemment, si elle avait eu à connaître d'une institution contractuelle, la Cour de BORDEAUX eût tout aussi bien décidé, comme elle le fit en l'espèce, que lorsqu'en stipulant la réserve d'une somme, le donateur exprime le motif qui l'a décidé à faire cette réserve, la mention de ce motif ne doit pas être considérée comme établissant une condition, et comme obligeant le donateur à donner à la somme la destination indiquée, de telle sorte que la réserve soit regardée comme non avenue si elle reçoit un emploi différent.

En résumé, que le disposant ait désigné l'objet sur lequel porte sa réserve du droit de disposer; qu'il ait désigné le bénéficiaire éventuel de sa disposition ultérieure; ou qu'il ait spécifié le motif pour lequel il s'est fait cette réserve, il faut rechercher quelle a pu être l'intention de l'instituant, il faut comme le dit DEMOLOMBE¹ s'en tenir aux termes du contrat de mariage. Il ne faut pas préférer systématiquement l'interprétation indicative à l'interprétation limitative, ni, d'ailleurs, l'interprétation limitative à l'interprétation indicative.

Certains auteurs² prétendent que lorsque l'instituant s'est ainsi fait une réserve conventionnelle de la faculté de disposer,

1. DEMOLOMBE, n° 383, p. 414. Voir *Trib. Seine*, 10 janvier 1855; *Gaz. trib.*, 17 janvier; *Req.*, 26 mars 1845; S. 1847-1-120.

2. GRENIER, n° 414, p. 272. — *Rép. DALLOZ*, n° 2209 — COIN-DELISLE, n° 14, p. 576. — BONNET, n° 430, p. 184. — VAZEILLE, n° 2, p. 295.

il limite par cela même, la totalité des dispositions qu'il pourra faire. GRENIER dit : « Mais aussi, quand la réserve se-
« rait modique, l'instituant ne peut donner au delà. Il s'est
« fait une loi qu'il ne peut violer sans aller contre ce qu'il a
« promis ». BONNET emploie presque les mêmes termes : « Dans
« ce cas, il se sera lui-même tracé sa loi, et cette loi, il devra
« la respecter. Il pourra toujours rester au-dessous du taux des
« libéralités qu'il s'était réservé de faire, sans pouvoir jamais
« l'excéder ».

C'était d'ailleurs l'opinion de l'Ancien Droit. BOURJON¹ disait que par la réserve de disposer qu'il s'était faite l'instituant s'était imposé des bornes à ses libéralités subséquentes.

Cependant quelques auteurs modernes, notamment DEMOLOMBE et TROPLONG², en accord avec la jurisprudence, marquée par

RIOM 15 nov. 1819; S. chr. t. 6-2-150,

estiment que la réserve conventionnelle que s'est faite l'instituant ne l'empêche pas de pouvoir user, en plus, de la réserve légale de faire des dons modiques dans la mesure de l'art. 1083. Nous sommes de leur avis, et quelle que soit l'importance de la réserve faite par l'instituant, qui peut être considérable. Nous dirons avec TROPLONG : « Quel est dès lors le but de la
« réserve? C'est évidemment d'étendre le cercle de l'art. 1083.
« C'est de créer un pouvoir plus grand que celui que cet
« article définit, et nullement d'abdiquer la faculté qu'il auto-
« rise. En un mot, le disposant veut garder le droit qu'il a et
« de plus se donner une faculté qu'il n'avait pas. » Mais nous ne le suivrons pas dans sa concession, que les parties ont pu décider que la réserve constituerait le maximum de ce dont l'instituant pourrait disposer, à titre gratuit ou à titre onéreux.

A titre onéreux, nous avons vu que, par aucun moyen, l'instituant ne peut aliéner la faculté qu'il détient de la loi. La

1. BOURJON, n° II, p. 72; dans le même sens : CHABROL, art. 26, section 4, p. 362.

2. DEMOLOMBE, n° 381, p. 411. — TROPLONG, n° 2461, p. 634. — Comp. DEMOLOMBE, n° 320, p. 346.

présence d'une réserve dans le contrat ne change rien. Cela a été jugé d'une manière formelle par la Cour de Cassation :

Civ. cass. 7 Juin 1808; S. 1808-1-364.

En l'espèce, le donateur s'était réservé de disposer de 120.000 francs. Il en usa, puis vendit tous ses biens, de sorte qu'il ne restait rien à l'institué. Celui-ci attaqua la donation de 120.000 francs, disant qu'elle avait été faite en fraude de l'institution. Evincé par le Tribunal de MONTDIDIER (15 fructidor an XIII), il eut gain de cause devant la Cour d'AMIENS, mais la Cour suprême remit la chose au point en cassant ce dernier arrêt.

A titre gratuit, nous estimons que la faculté de faire des dons modiques, subsiste entièrement, sans aucune restriction.

Nous avons dit plus haut que, se réserver la faculté de disposer de certains effets, équivaut, pour l'instituant, à affecter son institution d'une condition résolutoire partielle limitée auxdits effets. S'il use de cette faculté, la condition résolutoire partielle se réalise; comme elle rétroagit à la date du contrat de mariage, l'institution contractuelle conditionnelle revient alors à une institution contractuelle pure et simple, dont l'émolument est celui de l'institution contractuelle conditionnelle, amputé des biens qui avaient fait l'objet de la réserve. Cette institution contractuelle devenue pure et simple avec rétroactivité, n'empêche pas que l'instituant fasse des dons ou legs modiques à titre de récompense ou autrement.

Cependant, si l'on veut soutenir l'opinion de TROPLONG, on peut dire que la réserve conventionnelle est non pas du chiffre fixé par l'instituant, mais de ce chiffre diminué des dons modiques qu'il pourrait faire. Il est évident que si l'interprétation du contrat de mariage permet de dire que telle a bien été l'intention des parties, rien ne s'oppose à ce qu'il en soit ainsi, mais nous dirons qu'il faut que cela soit sinon expressément formulé, mais tout au moins d'une façon qui ne laisse subsister aucun doute.

SECTION V

POSSIBILITE DES ALIENATIONS A TITRE ONEREUX

Le deuxième aspect de l'irrévocabilité de l'institution contractuelle, que nous allons voir en ce chapitre, se résoud en la possibilité, pour l'instituant, de faire, malgré l'institution, des actes à titre onéreux. Ceux-ci lui sont permis, pour la seule raison qu'ils ne lui sont pas défendus, que la loi a limité à la prohibition des actes gratuits, l'irrévocabilité de l'institution.

Il va de soi que si les actes onéreux étaient simulés, s'ils cachaient des dispositions à titre gratuit, ils seraient annulés :

BESANÇON 26 mess. an XIII; S. chr. t. 2-2-74;

Civ. rej. 5 nov. 1806; S. 7-1-3;

RIOM 4 mai 1819; S. chr. t. 6-2-64;

BRUXELLES 18 fév. 1822; Rép. DALLOZ : n° 2.077.

Vente. — Le premier acte à titre onéreux que conçoit l'esprit moderne, c'est la vente. L'instituant peut vendre les biens qui font partie de l'institution, que celle-ci soit universelle ou à titre particulier. Dans ce dernier cas, il peut parfaitement vendre les biens qu'il a donnés pour être pris dans sa succession, avant les biens dont il n'a pas disposé. Il n'est nullement tenu d'observer un ordre quelconque, qui tendrait à n'amoindrir qu'en dernier ressort l'émolument de l'institution. On sait ce qu'est la vente : le vendeur transfère à autrui la propriété de ses biens, et il en acquiert en retour la somme qui a été convenue comme prix. La position d'instituant, qu'occupe le vendeur, ne l'empêche nullement de faire ensuite ce qu'il veut du prix de vente de ses biens. Il peut acheter d'autres biens en bon père de famille, ou il peut dissiper la somme qu'il a touchée en folies de toutes sortes, en achats de choses périssables, de choses très coûteuses qui se déprécient rapidement. S'il est instituant universel (ou, à titre universel, dans la mesure de la quotité instituée), la seule chose qu'il lui soit interdit de faire avec cet argent acquis en contre-presentation, c'est de le donner. La difficulté de la preuve des libé-

ralités en deniers, des dons manuels, n'infirmes en rien la règle, qui est formelle. Mais si l'institution faite était de biens particuliers, d'immeubles bien déterminés par exemple, il ne saurait y avoir subrogation au cas où, avec le prix de vente des immeubles donnés, l'instituant achèterait des meubles, des titres, d'autres immeubles. On ne peut appliquer la règle : « *in judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii* » car on n'est pas « *in judiciis universalibus* ».

Voir :

Civ. cass. 23 mars 1841; S. 41-1-298;

BORDEAUX 26 mai 1830; S. 30-2-248;

Req. 9 avril 1872; S. 72-1-178;

Req. 1^{er} mars 1821; S. 21-1-234.

Echange. — L'échange est une sorte de vente, dans laquelle le prix est remplacé par une chose; c'est l'ancêtre de la vente; c'est un acte à titre onéreux, et il est naturellement permis à l'instituant.

Obligations. — A la vente, à l'échange ne se bornent pas les pouvoirs de l'instituant. Ce qu'il a donné, c'est sa succession, ce qui restera de son patrimoine quand il ne sera plus; en attendant, il conserve la propriété de ce patrimoine : c'est d'ailleurs pourquoi il peut vendre ou échanger les biens qui le composent. Et il en conserve l'administration. Il peut passer des baux, contracter, s'obliger. Les baux qu'il consent ne sont nullement limités dans leur durée; ils devront être respectés s'ils ne servent point à déguiser une libéralité. Les contrats qu'il passera seront à titre onéreux, mais rien n'empêche qu'ils soient aléatoires. Quant aux obligations, elles grèveront régulièrement sa succession, qu'elles soient légales, d'origine délictueuse, quasi-délictueuse, contractuelle ou quasi-contractuelle (gestion d'affaires; enrichissement sans cause). L'instituant peut reconnaître une dette, pourvu qu'il n'emploie point ce moyen pour gratifier d'une façon occulte son prétendu créancier. Il peut garantir ses obligations en consentant une hypothèque. De même, il peut constituer une servitude passive sur

les biens affectés à l'institution ¹ ou renoncer à une servitude active. Le seul critérium de validité de tous ces actes, est la bonne foi, c'est-à-dire le caractère onéreux.

Renonciation à prescription. — Certains actes sont tels, que des doutes très sérieux se sont élevés sur le fait de savoir s'ils constituaient des aliénations à titre onéreux, ou des dispositions à titre gratuit. Il en est ainsi, notamment, de la renonciation à une prescription acquise, et de la vente à fonds perdu ou contre rente viagère.

La renonciation à prescription peut se faire selon deux modes différents, qui correspondent aux deux sortes de prescriptions. Celles-ci sont la prescription acquisitive d'une part, et la prescription libératoire d'autre part. La première est un moyen d'acquérir, la seconde un moyen de se libérer par un certain laps de temps et dans certaines conditions.

Renoncer à une prescription libératoire, c'est remplir une obligation à laquelle on pourrait se soustraire en invoquant le délai qui s'est écoulé depuis la naissance de cette obligation. Cette renonciation est un acte d'honnêteté de la part de l'instituant, qui sait qu'il ne s'est pas libéré autrement, qu'il reste réellement débiteur. Ce peut être aussi un moyen de gratifier son créancier en faisant semblant de se soumettre à ses exigences. L'instituant doit indubitablement rester l'arbitre de la situation, car il y a là une question de morale. Ce n'est qu'au cas où la preuve pourrait être établie qu'il y avait déjà eu extinction de l'obligation par une autre voie que la prescription, que le deuxième paiement pourrait être répété comme fait en fraude de l'institution, en ce sens qu'il comporte un appauvrissement du patrimoine de l'instituant sans aucune contre-partie.

Renoncer à une prescription acquisitive, c'est presque faire sortir un bien de son patrimoine sans contre-prestation. Ce bien, l'instituant le possède en effet à titre non précaire, et

1. *Req.*, 20 déc. 1825; S. 26-1-179.

M. BONNET (n° 441, p. 194) n'a pas hésité à prétendre que renoncer à la prescription, en ce cas, c'est faire une aliénation purement gratuite, contre laquelle pourraient s'exercer utilement les critiques de l'institué, qui ne trouve plus le bien dans la succession qui lui échoit. Nous ne pouvons pas être de son avis : ici encore, il est à présumer, faute de preuve contraire, que si l'instituant agit ainsi, c'est par honnêteté, c'est pour remplir l'obligation naturelle de restituer qui subsiste après les délais de prescription. Il ne faut pas oublier que cette institution de la prescription n'a été créée que pour des fins purement pratiques, pour éviter des revendications dont l'origine, se perdant dans la nuit des temps, eût été, pour ainsi dire, impossible à apprécier sainement, parce qu'à la longue les titres disparaissent ou sont difficiles à retrouver.

L'instituant est bien placé pour savoir s'il tient d'une façon correcte, ou non, le bien qu'il se refuse à acquérir par le seul moyen de la prescription. Vis-à-vis de sa conscience, les présomptions légales sur lesquelles sont fondées les prescriptions n'ont aucune force. S'il *sait* qu'il n'a aucun titre, il ne *doit* pas s'en créer un par la seule revendication de la prescription acquise. En refusant celle-ci, il acquitte, avons-nous dit, une obligation naturelle, et cet acquittement n'est sujet à aucune répétition. Par conséquent, nous concluons que l'instituant peut valablement renoncer à faire état de cette prescription. Certes, il ne serait pas impossible qu'il se dérobat ainsi à l'obligation que lui fait l'institution contractuelle de ne pas disposer à titre gratuit, mais si l'on y réfléchit, c'est bien improbable : il faudrait — à moins que le donateur n'agit par haine aveugle de l'institution — il faudrait un concours de circonstances bien curieux, pour que la personne qui revendique le bien prescrit, et contre qui on refuse d'invoquer la prescription acquise, fût justement celle à qui l'instituant eût voulu faire une donation prohibée. D'ailleurs, s'il y avait fraude, il resterait toujours à l'institué la faculté d'apporter la preuve de cette fraude, par tous les moyens, de démontrer que l'instituant est devenu propriétaire du bien litigieux en vertu d'un titre régulier.

Vente à fonds perdu. — La vente à fonds perdu, ou contre-rente viagère, est-elle une aliénation à titre onéreux? L'article 1968 ne laisse subsister aucun doute sur ce point. Il est évident qu'en fixant le taux, comme il est permis de le faire dans les cas ordinaires (art. 1976), d'une façon telle, que la rente viagère constituée au profit de l'instituant contre l'aliénation de certains de ses biens, ou même de leur totalité, déguisât une libéralité vis-à-vis du débirentier, le contrat serait nul. Il y aurait fraude; on ne peut jamais faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Mais ce n'est là qu'une question de fait, à apprécier par les tribunaux, suivant les circonstances, et nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire qu'il y ait collusion entre le « vendeur » et l'acquéreur, que l'un et l'autre soient de mauvaise foi. Il suffit de constater que l'acte, en apparence à titre onéreux, cache en réalité une libéralité, même partielle, pour qu'il tombe en vertu de l'irrévocabilité de l'institution.

La jurisprudence est bien dans ce sens :

RIOM, 4 déc. 1810; S. 1813-2-348;

Req. 15 nov. 1836; S. 36-1-806.

Ainsi, on peut relever dans l'arrêt de la Cour de POITIERS, entériné par celui de la Chambre des Requêtes mentionné ci-dessus :

« Attendu que la rente viagère peut, aux termes de
« l'article 1968, être constituée à titre onéreux; — Attendu
« que les charges portées au contrat attaqué constituent un
« prix véritable et sérieux, comparé à la valeur des objets
« arrentés; que si ce prix peut, jusqu'à un certain point, être
« considéré comme inférieur à la valeur réelle des biens dont
« il s'agit, il résulte de l'article 1976 du Code Civil que la
« rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux
« parties contractantes de fixer, et que par conséquent l'acte
« attaqué doit conserver toute sa force et valeur s'il n'est
« prouvé qu'il est simulé et contient une donation déguisée
« sous les apparences d'un acte de vente. »

Cette simulation avait justement été reconnue dans les affaires qui ont fait l'objet des deux arrêts ci-après :

Req. 31 juill. 1867; S. 68-1-32; D. P. 68-1-209,
et

LIMOGES 13 mai 1895; D. P. 98-2-397 ¹.

Le premier relève que la Cour impériale, appréciant souverainement les faits et documents de la cause, a déclaré qu'il en résultait des présomptions graves, précises et concordantes que la rente viagère, attaquée comme portant atteinte à l'institution contractuelle, cachait bien sous les apparences d'un acte à titre onéreux, une véritable donation.

Le deuxième, qui aboutit à des conclusions identiques, les applique au cas même où le contrat de rente viagère ne contient qu'une part seulement de libéralité : ...« considérant qu'au surplus, il suffit que l'émolument de l'institution soit « atteint et amoindri ».

La vente à charge de rente viagère, faite par l'instituant, de tout ou partie des biens compris dans l'institution, est susceptible de soulever un autre problème. C'est quand cette vente a été faite à l'un des successibles en ligne directe de l'instituant. On sait que par l'article 918, la loi attache à une telle aliénation une présomption irréfragable de gratuité. Elle décide que la valeur en pleine propriété des biens aliénés de la sorte, doit être imputée sur la quotité disponible, et l'excédent être rapporté à la masse. Ceci suppose évidemment, et la loi le dit d'ailleurs formellement, qu'il y a conflit, à l'ouverture de la succession, entre plusieurs successibles en ligne directe, agissant comme héritiers réservataires.

Appliquons-nous la même solution au cas de l'institution contractuelle? Autrement dit, l'institué pourrait-il, en se fondant sur l'article 918, prétendre que la vente à charge de rente viagère faite par l'instituant à l'un de ses successibles en ligne directe, cache une aliénation à titre gratuit qui doit par conséquent tomber en vertu de l'irrévocabilité de l'institution?

1. Comp. Civ. cass., 31 déc. 1855; D.P. 56-1-19.

Nous ne le pensons pas. La fraude ne peut jamais se présumer. Si elle l'a été dans l'article 918, c'est à titre exceptionnel, et dans des circonstances bien définies. L'article doit donc être interprété strictement, comme tout texte exceptionnel. Pour qu'il joue, il faut que ce soient d'autres successibles en ligne directe qui en demandent l'application. L'institué n'a donc aucune qualité pour exciper de la présomption légale que contient l'article en question. Il ne le pourrait qu'à la condition d'être lui-même un successible en ligne directe, mais alors, il le ferait en tant qu'héritier réservataire, et non en sa qualité d'institué. D'autre part, les biens vendus à charge de rente viagère, seraient rapportés à la masse en pleine propriété, pour leur excédent sur la quotité disponible, et comme, ainsi que nous le verrons, l'institution contractuelle ne peut être faite que de la quotité disponible, l'institué ne pourrait en rien bénéficier du rapport ainsi effectué ¹.

ANCIEN DROIT. — Il n'est peut-être pas sans intérêt d'examiner rapidement ce qu'était la législation ancienne, sur les effets de l'institution contractuelle, vis-à-vis du disposant, pendant la vie de celui-ci.

Il est difficile d'être affirmatif.

Certains auteurs ² posaient comme principe que l'irrévocabilité de l'institution consistait, comme de nos jours, en la possibilité d'aliéner à titre onéreux les biens faisant partie de l'institution, et en l'interdiction de disposer à titre gratuit. Ils appliquaient à la France entière la disposition de l'art. 220 de la Coutume du Bourbonnais. MERLIN ³ dit que celui-ci formait là-dessus le droit commun.

De fait, il n'est pas douteux qu'il en était ainsi en pays coutumier ⁴ : nous avons déjà cité la Coutume du Bourbonnais; l'article XXIX de la Coutume d'Auvergne était dans le même sens ⁵.

1. Comp. BONNET, n° 439, p. 192. — DEMOLOMBE, n° 313, p. 340,

2. TOULLIER, n° 813, p. 815. — RICARD, n° 1056, p. 243. — POTHIER, n° 26, p. 624; DE LAMOIGNON, art. 11, p. 255.

3. MERLIN, § VIII, n° 10, p. 264.

4. FURGOLÉ, p. 104.

5. CHABROL, p. 380.

Cependant, d'après l'article 45 de la Coutume d'Anjou, le disposant, après avoir institué son fils aîné son principal héritier, ne pouvait aliéner à titre onéreux, sauf en cas de nécessité absolue, ou pour rédemption de son corps.

En Normandie, l'article 244 permettait les aliénations à titre onéreux, sauf si l'instituant avait promis expressément de conserver les biens qui faisaient partie de l'institution.

Mais, dans les pays de droit écrit, et notamment dans le ressort du Parlement de TOULOUSE (FURGOIE, p. 105), les institutions contractuelles étaient considérées comme de vraies donations entre vifs, et, comme telles, elles interdisaient d'aliéner ou d'hypothéquer les biens sur lesquels elles portaient.

CHAPITRE VII

Effets de l'institution contractuelle vis-à-vis de l'institué pendant la vie de l'instituant.

Droit en puissance mais non effectif. — De même que nous avons annoncé, avant de les développer, les effets de l'Institution contractuelle vis-à-vis de l'instituant, par une formule brève, de même, nous pouvons annoncer ses effets vis-à-vis de l'institué pendant la même période de temps, c'est-à-dire pendant la vie de l'instituant. Nous dirons que :

L'INSTITUE N'A AUCUN DROIT

Cela peut sembler extraordinaire : voilà un institué qui, mise à part la question des charges dont peut être affectée l'institution, n'a aucun devoir vis-à-vis de l'instituant, et qui, d'autre part, n'a aucun droit pendant la vie de celui-ci. En quoi consiste donc le lien contractuel en ce qui concerne notre institué? Il est le donataire de cette donation entre vifs spéciale qu'est l'institution contractuelle, et nous prétendons qu'il n'a aucun droit, qu'il n'a rien acquis en somme?

Pour expliquer cette anomalie apparente, il nous suffit de nous souvenir que nous avons reconnu, dans l'institution, la dualité du titre et de l'émolument. Rappelons-nous les termes du *Tribun JAUBERT*¹ : « Il faut distinguer le titre de l'émolument. Le titre est irrévocable; quant à l'émolument, il ne « pourra être véritablement connu qu'au décès. »

Cette parole nous explique immédiatement que, lorsque nous disons que l'institué n'a aucun droit, nous voulons parler de l'émolument. Et c'est compréhensible. Comment pourrait-

1. *Locré*, tome XI, p. 484.

il avoir un droit sur quelque chose qui n'existe pas? N'avons-nous pas dit que l'institution contractuelle est une donation de succession? Par cette donation, l'institué acquiert bien quelque chose : c'est le titre d'héritier contractuel, le droit conditionnel de venir à la succession du donateur, droit subordonné à la condition de prédécès de celui-ci. Mais, en ce qui concerne l'émolument de son droit, il ne l'acquiert pas, pour la bonne raison qu'une succession ne peut exister que lorsqu'il y a un *de cujus*. Or, nous envisageons la période de temps comprise entre le contrat de mariage et le décès de l'instituant, et pendant cette période il n'y a pas de *de cujus*. Cet émolument n'existe pas juridiquement et, matériellement, il est d'une instabilité, d'une variabilité excessives. Nous pouvons dire que le droit de l'institué est éventuel. C'est un droit en puissance.

Pendant la période de temps envisagée, l'institué est dans la même situation que si l'institution n'avait pas été faite. Aucune expression technique ne peut qualifier son droit¹. Le mieux qu'on puisse en dire, c'est qu'il ressemble au droit de l'héritier réservataire. A celui-ci, la loi réserve d'une façon absolue une partie du patrimoine de son auteur, mais ce droit légal n'est susceptible d'exercice qu'à la mort du *de cujus*. De même, par son contrat, l'institué acquiert un droit absolu sur tout ou partie du patrimoine de l'instituant, mais il ne peut l'exercer tant que celui-ci est en vie. « Les pères et mères... dit l'article 1082, pourront disposer des biens qu'ils laisseront « *au jour de leur décès* ». Pour savoir de quoi bénéficiera l'institué, il faut attendre ce décès; à ce moment, l'institué devient propriétaire des biens compris dans l'institution; auparavant, il les attendait comme l'héritier attendait sa réserve; il espérait les tenir un jour mais ils ne faisaient nullement partie de son patrimoine propre, et, lorsqu'ils y entrent, le transfert de propriété qui s'opère alors n'est pas rétroactif².

1. COLMET DE SANTERRE, n° 256 bis, II, p. 487.

2. Il ne faut pas pousser à l'excès l'assimilation de l'institué contractuel et de l'héritier réservataire. Celui-ci est à la merci, tant que la succession n'est pas ouverte, d'un changement de législation qui modifiera le quantum de son bénéfice. L'institué, lui, a un droit acquis, en ce sens que

Nullité des actes de l'institué sur les biens de l'instituant :

a) *A titre onéreux.* — Il en résulte que, pendant la vie de l'instituant, l'institué ne peut disposer des biens compris dans l'institution, dans son émolument et, notamment, il ne peut les vendre. Deux raisons s'y opposent : on ne peut vendre la chose d'autrui et, d'autre part, comment pourrait-on dire que le bien vendu par l'institué, fait partie de l'institution? On ne pourra le savoir qu'au décès du disposant et il est très possible que l'on constate alors, sans remède, que celui-ci en a disposé à titre onéreux, l'a échangé contre un autre qui ne s'est peut-être pas substitué au premier, ou qu'il se l'est fait enlever par une saisie régulière.

L'institué ne peut pas plus hypothéquer les biens de l'institution; les raisons en sont les mêmes; d'ailleurs l'hypothèque n'est qu'un accessoire du droit d'aliénation, et là où celui-ci est absent, celui-là ne peut exister. Notre préposé à la succession ne peut transférer aucun droit réel, puisqu'il n'en a pas.

Et puisqu'il n'en a pas, on ne peut les lui saisir entre ses mains, ainsi qu'en a décidé à bon droit l'arrêt de

PARIS 9 Fév. 1875, déjà cité; S. 1875-2-129; D.P. 75-2-155.

La cause avait ceci de particulier que l'instituant avait consenti à l'institué, en garantie de la donation, une hypothèque sur ses immeubles. Comme nous l'avons vu ¹ cette hypothèque est absolument nulle, et inutile.

Donc, les créanciers de l'institué ne peuvent saisir, entre ses mains, les biens de l'institution, et ils ne peuvent non plus acquérir, sur ces biens, d'hypothèque valable en garantie de leurs créances. Si les biens en question adviennent effectivement à l'institué par la suite, c'est à partir du transfert de propriété que ces hypothèques peuvent être efficacement prises, et

c'est la loi de la date du contrat qui a réglé, et qui réglera ce dont l'instituant a pu disposer en sa faveur.

1. Suprà, p. 128.

elles seraient incontestablement primées par d'autres qui seraient prises dans l'intervalle :

BORDEAUX 22 Fév. 1827; Rép. ALPH. DALLOZ; n° 2104.

Pour la même raison, les créanciers qui pratiquent une saisie sur les biens de leur débiteur, l'instituant, n'ont nullement à s'inquiéter de l'existence de l'institution contractuelle, et l'institué ne saurait prétendre à la distraction du quart des biens saisis parce qu'il est donataire à venir du quart des biens du saisi :

RIOM 6 Mars 1819; S. chr. t. 6-2-39; Rép. DALLOZ n° 1986.

Pas plus que les hypothèques conventionnelles consenties par le donataire, les hypothèques générales acquises par les créanciers de celui-ci avant la mort de l'instituant, ne frappent les biens de l'institution. Elles ne les affectent qu'à partir du moment où ils entrent dans le patrimoine de leur débiteur, qu'à partir du décès de l'instituant¹. Naturellement elles sont primées par celles qui les frappent déjà du fait de ce dernier.

Ainsi, nous savons que la femme mariée est nantie, pour la garantie de ses reprises, d'une hypothèque légale sur les biens de son mari. Ces derniers mots nous suffisent pour affirmer que l'hypothèque en question ne frappe les biens compris dans l'institution qu'à la condition qu'ils soient définitivement acquis par le mari, c'est-à-dire que l'hypothèque légale de la femme mariée n'a aucun effet pendant la vie de l'instituant². Et il en est de même lorsque c'est le mari qui a institué sa femme. Celle-ci ne peut, pendant la vie de son époux, invoquer son hypothèque légale pour garantie de son institution³.

Une espèce intéressante fut l'objet de l'arrêt de :

Req. 12 juin 1832; S. 32-1-755.

1. Voir cependant LYON, 18 fév. 1829; S. 29-2-239.

2. En ce sens : GRENIER, pp. 315 et suiv. — AUBRY et RAU, § 739, p. 678, note 62.

3. Revoir note LYON-CAEN sous PARIS, 9 fév. 1875, déjà cité; S. 1875-2-129.

Un contrat de mariage contenait deux institutions contractuelles, l'une d'un père à son fils, l'autre de celui-ci à son épouse. L'institution du père à son fils était d'une quote-part de la quotité disponible par préciput; le père avait en outre, en attendant son décès, et en représentation de ce qu'il donnait, fait démission d'usufruit d'un immeuble déterminé en faveur de son fils. L'institution du mari à sa femme portait sur l'usufruit de ses biens.

Le fils prédécéda sa femme, et aussi son père. L'institution faite par ce dernier, comme nous le verrons ultérieurement, devenait caduque, tandis que s'ouvrait celle faite en faveur de la femme par le mari. Celle-ci émit la prétention d'exercer son usufruit, non seulement sur les biens appartenant au mari, mais encore sur l'immeuble dont son père lui avait abandonné l'usufruit. Sa prétention était insoutenable, car le mari n'avait aucun droit de propriété sur l'immeuble en question. Le droit d'usufruit qu'il avait acquis sur lui était tout à fait étranger à l'institution; il l'avait acquis par donation entre vifs pure et simple, et il le perdait par sa mort. Ce fut l'avis de la Cour de Cassation.

L'inexistence d'un droit chez l'institué a également fait juger que si le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'une certaine somme, il peut disposer d'une somme plus forte si l'institué y consent, sans que les créanciers de celui-ci, postérieurs audit consentement, puissent l'attaquer comme fait au préjudice de leurs droits :

Civ. Cass. 8 nov. 1815; S. 1816-1-137.

Il est à remarquer que ce consentement, donné par l'institué, était nul, mais seuls les intéressés directs pouvaient en invoquer la nullité, à savoir l'institué et ses héritiers, mais non les créanciers, et même si le consentement avait été postérieur à la créance, cela n'aurait eu aucune importance.

b) *A titre gratuit.* — Nous n'avons parlé jusqu'ici, que de la nullité, de l'inefficacité, des aliénations à titre onéreux que ferait l'institué sur les biens compris dans l'institution. Il va

de soi qu'il ne peut pas plus disposer des mêmes biens à titre gratuit. Ainsi :

« L'instituant n'étant saisi que d'un droit conditionnel
« subordonné au prédécès de l'instituant, s'il fait un don de
« tous ses biens pendant la vie de ce dernier, les objets com-
« pris dans l'institution ne font pas partie de cette libéralité :

RIOM, 15 avril 1809; Rép. DALLOZ, n° 2098.

S'il fait un testament par lequel il lègue tous ses biens ou une partie aliquote, les biens de l'institution ne sont compris dans son legs qu'à la condition qu'ils soient entrés dans son patrimoine lorsqu'il meurt, c'est-à-dire qu'à la condition qu'il survive à l'instituant.

Même solution s'il fait lui-même une institution contractuelle universelle ou de quotité.

Suivant le cas, si l'institué décède avant l'instituant, les biens de l'institution première n'iront pas au légataire de l'institué, ni à son institué puisqu'ils ne font pas partie du patrimoine dont il a été disposé en deuxième lieu.

Mais qu'arriverait-il si l'institué, qui compte bien survivre à l'instituant, qui compte bien, par conséquent, recueillir dans un temps plus ou moins lointain, certains biens particuliers, compris dans l'émolument de son institution, qu'arriverait-il s'il avait légué ces biens par un testament fait du vivant de l'instituant?

La question ne souffre pas de difficulté si l'instituant survit à l'institué, car, alors, ce dernier aura légué la chose d'autrui; cette chose ne se trouve pas dans son patrimoine à son décès, et le legs qu'il en a fait est nul. Mais pourra-t-on en dire autant si, comme l'a prévu l'institué, le donateur meurt avant lui et si les biens qu'il espérait recueillir sont effectivement dans son patrimoine lorsqu'il meurt? Il reste qu'il a légué ses biens à un moment où ils ne lui appartenaient pas, où il ne pouvait pas en disposer. Cela suffit-il pour que la disposition en soit nulle, et qu'elle doive être refaite d'une façon absolument régulière? Nous ne le croyons pas, et nous pensons

au contraire, que le legs fait antérieurement à la mort de l'instituant, doit venir à effet.

Certes, quand l'institué a disposé, les biens qu'il léguait ne lui appartenaient pas, et sa disposition était nulle. S'il était mort avant l'instituant, son testament n'aurait eu aucune efficacité relativement à ces biens. Mais n'avons-nous pas dit que le testament est un perpétuel projet de testament? Dans l'esprit du testateur s'est fait le raisonnement suivant : « Je « vais hériter de telle ferme, de tel immeuble; je désire, quand « je mourrai, qu'ils appartiennent à telle personne. » Cette ferme, cet immeuble, selon ses prévisions, viennent grossir son patrimoine. S'il refaisait son testament, il pourrait, sans nul doute, en disposer; mais comme il n'a pas changé d'idée, il ne touche point à ce testament. S'il prenait la précaution d'y inscrire en marge, en la datant et la signant, la mention qu'il confirme ses premières dispositions, nul ne songerait à les attaquer. Nous estimons qu'il en doit être de même s'il les confirme tacitement en ne les annulant pas, dût sa mort suivre de très près celle de l'instituant.

Notre raisonnement n'est évidemment valable que si, au moment de sa mort, l'institué est capable de tester. Dans le cas contraire, sa disposition serait nulle.

Nous tenons à préciser aussi que, dans notre esprit, il ne s'applique qu'au cas qui nous occupe : disposition testamentaire à titre particulier, faite par un institué avant l'ouverture de l'institution, et sur des biens compris dans celle-ci. Il ne faudrait pas l'appliquer, *mutatis mutandis*, au cas où un testateur quelconque aurait fait une disposition fantaisiste de biens qui ne lui appartenaient pas. Ceci étant en dehors de notre sujet, nous n'insisterons pas.

Conséquence au point de vue fiscal

Une autre conséquence se déduit de l'inexistence de droit actuel chez l'institué sur les biens de l'institution. Au point de vue fiscal, les transferts de propriétés sont frappés d'un droit proportionnel, et les donations éventuelles ne sont frappées

que d'un droit fixe peu important. L'institution contractuelle ne peut être passible que du droit fixe. Il en a été décidé ainsi maintes fois et notamment par

Civ. rej. 14 Mai 1823; S. chr. t. 7-1-246,

et par

Civ. cass. 13 av. 1825; S. chr. t. 8-1-103.

Nullité des transactions faites sur le titre. — Si l'institué n'a aucun droit vis-à-vis de l'émolument, avons-nous dit, il n'en reste pas moins qu'il a acquis, par le contrat, un titre irrévocable d'héritier; ce titre lui donne comme un droit en puissance, qui existe, mais qui doit attendre, pour être effectif, le déclenchement marqué par le décès de l'instituant.

Ce droit qui lui appartient, qu'on ne peut lui enlever, que peut en faire l'institué?

Nous dirons encore : « RIEN. »

Nous ne devons pas oublier en effet, que c'est un droit d'hérédité, et toute convention qui serait faite sur un tel droit serait un pacte sur succession future; elle rentrerait dans la prohibition générale de tels pactes.

Dès lors, le droit de l'institué ne peut être cédé.

D'ailleurs à supposer qu'on ne s'appuie point sur la prohibition des pactes sur succession future, dire le contraire ce serait dire que l'institution contractuelle peut être faite à d'autres qu'aux époux ou aux enfants à naître du mariage, ou qu'elle peut être faite en dehors du contrat de mariage. La personnalité des bénéficiaires éventuels de la cession ne peut, ni ne doit être prise en considération. Ainsi, bien que les enfants de l'institué soient normalement appelés à recueillir les biens de l'institution, soit comme héritiers de leur père, soit en vertu de leur droit propre ainsi que nous le verrons, la cession que leur ferait leur père de son droit d'institué contractuel serait nulle.

Comme la cession, la renonciation au droit d'institué contractuel pendant la vie de l'instituant est nulle : c'est aussi un pacte sur succession future, prohibé. La renonciation à un droit n'est-elle d'ailleurs pas une sorte de cession à titre gra-

tuit? Elle se fonde directement sur l'article 791 du Code Civil :
« On ne peut renoncer à la succession d'un homme vivant,
« même par contrat de mariage. »

En résumé, le transfert du droit de l'institué, à titre onéreux ou à titre gratuit, ne peut être effectué du vivant de l'instituant.

La jurisprudence est unanime sur ce point. Voir notamment :

LYON 16 Janvier 1838; S. 38-2-453;

PORTIERS 25 Juil. 1839; S. 39-2-502, et, sur pourvoi,
Req. 10 Août 1840; S. 40-1-757;

Civ. rej. 16 Août 1841; S. 41-1-684;

Civ. rej. 11 Janv. 1853; D.P. 53-1-17;

Civ. rej. 12 Janv. 1853; D.P. 53-1-21;

TOULOUSE 15 Avr. 1842; S. 42-2-385.

Nous relevons dans ce dernier arrêt : « Une telle renoncia-
« tion est nulle, soit comme portant sur un droit successif,
« non encore ouvert ou sur une succession future, soit comme
« emportant révocation ou changement aux conventions
« matrimoniales. »

Dans l'espèce soumise à AGEN 17 Déc. 1856; S. 57-2-1, deux époux s'étaient fait une institution contractuelle par leur contrat de mariage, pour un gain de survie mutuel. En mariant leur fille commune, ils avaient renoncé, dans le contrat de mariage de celle-ci, à l'avantage éventuel qui leur avait été fait dans le leur, de façon à rendre efficace la donation qu'ils faisaient à leur enfant. Cette renonciation fut anéantie :

La Cour : « Attendu que l'institution contractuelle est une
« vraie succession et l'institué un véritable héritier, appelé,
« après la mort de l'instituant, à recueillir tout ou partie de
« l'hérédité de ce dernier; que ce n'est donc qu'après l'ou-
« verture de la succession que le donataire a le droit de la
« répudier, ou de l'accepter; que, dès lors, il est inutile de
« rechercher si, dans le contrat de mariage de leur fille, épouse
« MOLIE, à laquelle les époux MONMÉJEAN ont donné le quart
« de leurs biens par préciput, ceux-ci ont renoncé ou donné

« pouvoir de renoncer au gain de survie qu'ils avaient stipulé dans leur pacte matrimonial; que ces renonciations sont nulles en vertu des art. 1130-791 et 1395 du Code « Civil »...

Impossibilité de prendre des mesures conservatoires. — Il nous reste à voir si l'institué pourrait, par une immixtion dans les affaires de l'instituant, protéger son droit d'institué, pendant la période que nous envisageons.

Nous avons vu que l'instituant n'a pas le droit de faire d'aliénation à titre gratuit au détriment de l'institution. S'il contrevenait à cette règle, le donataire pourrait-il s'interposer entre l'instituant et le nouveau donataire pour, par exemple, prendre des mesures conservatoires?

Avec LAURENT, DEMOLOMBE, M. HEMARD, nous répondons : « NON! »¹.

Certes, « le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit » (art. 1180), mais le droit de l'institué n'est nullement un droit de créance : c'est un droit successif. Il deviendra, si l'on veut, créancier de la succession, encore que cette interprétation puisse se discuter, ainsi que nous le verrons plus tard. D'autre part, le droit de l'institué n'est pas précisément conditionnel, car un droit conditionnel rétroagit lorsque la condition vient à s'accomplir et il n'en est rien ici; c'est plutôt un droit à terme, le terme étant incertain mais bien déterminé : la mort de l'instituant. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que les actes à titre gratuit, contre lesquels prétend s'élever l'institué, ne lui seront préjudiciables que si l'institution s'ouvre, c'est-à-dire si l'instituant prédécède l'institué. Force est donc encore, pour cette autre raison, d'attendre le décès du donateur pour savoir si, réellement, ses dispositions à titre gratuit tomberont ou subsisteront.

Nous venons de rappeler que le droit de l'institué est un

1. LAURENT, n° 228, p. 269 — DEMOLOMBE, n° 323, p. 347. — HEMARD, n° 3009, p. 365.

droit successif, et nous avons eu l'occasion, précédemment, de le comparer à celui de l'héritier réservataire, en établissant entre eux un parallèle très étroit. Il ne viendrait à l'esprit de personne de prétendre qu'un héritier réservataire pourrait, avant la mort de son auteur, critiquer les actes de celui-ci qui seraient susceptibles de porter atteinte à sa réserve, ni prendre des mesures conservatoires contre de tels actes. Ce qui est vrai pour l'héritier réservataire est aussi vrai pour l'institué contractuel : ni l'un, ni l'autre, ne peuvent prendre de mesures conservatoires en garantie d'un droit qui est en puissance certes, mais non encore né.

Nous devons avouer, cependant, que nous sommes en contradiction avec la jurisprudence qui nous semble avoir mal appliqué l'article 1180.

C'est ainsi que nous relevons un arrêt de la Chambre des Requêtes : Req. 22 janv. 1873; D. P. 73-1-473, duquel il résulte que l'institué peut demander des mesures conservatoires de ses droits.

Un père avait fait, au profit de son enfant du premier lit, une institution de biens présents et à venir. Dans le contrat de son mariage avec une seconde femme, il reconnut à celle-ci un apport simulé. Le fils institué fut reconnu recevable à intervenir, après la séparation de corps entre son père et la seconde femme, dans l'instance relative à la liquidation, pour demander des mesures conservatoires, et il fut reconnu possible au tribunal d'ordonner, notamment, que la deuxième femme ne toucherait de son mari le montant de l'apport simulé, qu'à la charge de fournir caution et de le rembourser à l'institué au jour du décès de son mari.

Déjà, un arrêt de cassation de la Chambre civile avait donné implicitement cette solution :

Civ. cass. 2 mai 1855; D. P. 55-1-193;

et on peut en dire autant de

Civ. rej. 21 mai 1867; S. 68-1-452.

Malgré ces décisions de la Cour suprême, nous maintenons notre façon de voir, qui nous semble suffisamment étayée.

Nous pouvons donc conclure ces deux chapitres, en reprenant l'image que nous avons utilisée dans le préambule de cette seconde partie : entre le contrat de mariage et la mort de l'instituant, le droit de l'institué est conçu, mais si l'on fonde sur lui de grands espoirs, il ne pourra en être tenu vraiment compte que s'il vient au monde viable, c'est-à-dire si l'institution s'ouvre, si l'instituant ne survit pas à l'institué, et aux descendants nés du mariage en vue duquel l'institution a été faite.

CHAPITRE VIII

Effets de l'institution à la mort de l'instituant.

SECTION I

FACULTE D'OPTION DE L'INSTITUÉ POUR LES BIENS DE LA SUCCESSION

Voici enfin l'institution ouverte : le donateur meurt et l'institué lui survit.

Il ne saurait être question de mort civile, puisque celle-ci a disparu. Nous n'envisagerons donc que le cas de la mort naturelle de l'instituant. Sa disparition sans nouvelles, son absence en un mot, sera étudiée plus loin.

Pouvoir d'option. — Voyons ce qu'il advient.

Nous reprendrons encore, comme nous le faisons à chaque instant, la définition de notre institution contractuelle. C'est une donation de succession, avons-nous dit. C'est maintenant surtout que le caractère successif du droit de l'institué va devoir être pris en considération.

On lui a fait donation de succession; donc il devient héritier. Il peut dès lors, comme tout héritier, prendre le parti qui lui convient : accepter purement et simplement, renoncer, ou enfin, prendre un moyen terme : accepter sous bénéfice d'inventaire.

Mais, comment, dira-t-on? N'est-il pas déjà lié par son institution; n'a-t-il pas déjà opté? N'a-t-il pas déjà accepté lors du contrat? N'est-il pas alors forcé de subir les conséquences de son acceptation, heureuses ou malheureuses?

Nous allons faire apparaître encore la dualité du titre et de l'émolument. Ce que l'institué a accepté lors du contrat de mariage, c'est le titre d'héritier, le droit de venir à la succession pour la quotité indiquée au contrat, lors du décès du dis-

posant. A partir de cet événement, c'est la question de l'émolument qui se pose. Le titre était bien acquis irrévocablement, et il demeure acquis; l'institué est héritier, et c'est justement parce qu'il est héritier qu'il peut opter, qu'il peut faire comme tout autre héritier, notamment comme le réservataire, à la situation duquel nous avons, deux fois déjà, assimilé la sienne. L'institué a été mis à la place d'un héritier présomptif¹. Lors du contrat, l'instituant seul s'est lié : il s'est engagé, en ce qui concerne les biens de l'institution, à ne pas faire d'autres héritiers; il s'est encore engagé à ne pas nuire à son donataire par des aliénations faites en fraude de son institution. Quant à l'institué, on doit lui appliquer la règle qu'il n'y a point d'héritier nécessaire; d'où l'option qui lui est laissée. En outre, on ne pourrait dire qu'il a accepté la succession, puisque celle-ci n'était pas ouverte.

Cette faculté d'option était déjà la règle de l'Ancien Droit².

Quoiqu'elle nous semble bien établie au point de vue juridique, nous l'appuierons encore sur le bon sens. La loi, en effet, a permis les institutions contractuelles par faveur de mariage, pour que le bénéficiaire en tirât un avantage, par conséquent. S'il était, à la mort de l'instituant, obligé de l'accepter sans possibilité de délibération, sans possibilité de choix, il se pourrait, si les forces de la succession étaient inférieures aux charges dont elle est grevée, que l'institution fût pour lui une source d'appauvrissement. Il serait singulier que le législateur eût accepté cela.

Renonciation. — La faculté de renonciation apparaît dans les arrêts ci-après, dont il sera reparlé plus tard :

TOULOUSE 15 avr. 1842; S. 42-2-385, et, sur pourvoi,
Req. 20 déc. 1843; S. 44-1-214;

AGEN 22 avr. 1844; S. 44-2-391;

GRENOBLE 13 déc. 1910; D. P. 1913-5-29.

1. LEBRUN, n^{os} 39 et 40, p. 28.

2. AUVERGNE, titre XIV, art. 34. — LEBRUN, n^{os} 39 et 40, p. 28. — BOURBONNAIS, art. 223. CHABROL, art. 26; sect. 7, pp. 355 et 356.

Acceptation. — Certes, l'acceptation est le dénouement normal, régulier, de l'institution. Si, lors du contrat de mariage, l'instituant a donné, et l'institué a accepté, la qualité d'héritier, ni l'un ni l'autre ne l'ont fait avec la pensée que le bénéficiaire refuserait la succession le moment venu. Le donateur est persuadé qu'il laissera quelque chose et, vraisemblablement même, qu'il augmentera son patrimoine; l'institué fait les mêmes calculs et espère bien qu'il retirera au moins ce que laisse prévoir l'état actuel de la fortune de l'instituant.

Comme l'indiquent les articles 778 et 780, l'acceptation peut être expresse, et elle peut être tacite. Elle sera expresse, si l'institué prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé; elle sera tacite, s'il fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'a droit de faire qu'en sa qualité d'héritier. Il accepte tacitement s'il vend ou transporte son droit à une personne quelconque, s'il renonce, gratuitement ou non, au profit d'un ou de plusieurs de ses co-héritiers, s'il renonce, contre rémunération, au profit de tous indistinctement. Tous ces actes, qui lui étaient interdits avant que l'instituant ne fût mort, lui sont permis dès l'instant du décès de celui-ci, car leur objet est alors une succession ouverte, un droit successif présent.

De même que nous avons reconnu à l'institué le droit d'opter comme les héritiers *ab intestat*, de même nous l'assimilons aux mêmes héritiers en ce qui concerne l'article 792, ceci évidemment si son institution est universelle ou à titre universel. Il sera déchu du droit de renoncer. Voir :

Req. 22 nov. 1910; D. P. 1911-1-176;

ORLÉANS 7 juill. 1906; D. P. 1908-2-345,

et la note de M. CAPITANT. Voir aussi le rapport de M. le Conseiller MARIGNAN sur

Req. 29 juin 1904; D. P. 1904-1-486.

En ce qui concerne la renonciation, LEBRUN, n^{os} 39 et 40, p. 28, envisage un cas particulier, dont l'éventualité ne se rencontrera guère. Il dit : « Néanmoins, si quelqu'un a fait son « héritier contractuel de la personne de celui qui était *ab*

« *intestat* son unique héritier et cela sous quelque condition
« particulière, je n'estime pas, qu'en ce cas, il soit permis à
« l'héritier institué de déclarer qu'il accepte la succession non
« en vertu de l'institution mais par le droit du sang et *ab*
« *intestat*, parce qu'il y aurait du dol dans la conduite de cet
« héritier, d'avoir lié les mains au donateur par l'acceptation
« de son institution contractuelle, qui l'empêcherait de dispo-
« ser par testament, et, en conservant cet effet de l'institution,
« de s'aviser après cela de renoncer à l'institution même, et
« de vouloir venir *ab intestat* afin de se dispenser de la
« condition. »

Nous n'hésitons pas à transposer en droit moderne, l'avis de LEBRUN sur le droit ancien car, renoncer à l'institution en tant qu'institué et accepter la succession *ab intestat*, c'est accepter l'institution pour partie, et il est évident que l'acceptation doit être entière ou ne pas être.

Acceptation sous bénéfice d'inventaire. — Maintenant, si l'institué ne veut ni renoncer, ni accepter purement et simplement, il peut, comme tout autre héritier, accepter sous bénéfice d'inventaire.

Il en était encore ainsi sous l'Ancien Droit dans les Coutumes de la Marche, du Nivernais et d'Auvergne¹. BOUCHEUL pense même que dans les coutumes qui n'en parlent pas, l'héritier institué se portant héritier par bénéfice d'inventaire, ne serait pas exclu par l'héritier *ab intestat* qui se porterait pur et simple, parce qu'ils ne sont pas héritiers de même genre, et que la disposition de l'homme est préférée, ce qui est contraire à CHABROL².

La faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire est fondée sur les mêmes raisons que celles sur lesquelles repose la faculté de renonciation : l'institué, par la mort de l'instituant, est devenu héritier, et il jouit des mêmes droits et prérogatives que les héritiers du sang; il est soumis aux mêmes charges.

1. BOUCHEUL, ch. xxxii, n° 14, p. 536.

2. CHABROL, chap. xiv, art. 35, p. 412.

Elle est encore une conséquence de la faveur de mariage, plus intéressante peut-être que la faculté de renonciation, car elle écarte tout risque. Si l'institué nourrit quelques doutes; si, après avoir fait un compte sommaire de l'actif et du passif de la succession, compte parfois difficile à faire lorsqu'il faut avoir recours à des évaluations, le donataire constate qu'il lui reste une marge insuffisante pour être sûr de n'être point lésé, il renoncera. Grâce au bénéfice d'inventaire, il ne renoncera que si la succession est franchement, notoirement mauvaise. S'il n'est pas certain, il lèvera son incertitude par un inventaire détaillé et de cette façon, le solde actif éventuel pourra lui profiter.

La possibilité de demander le bénéfice d'inventaire résulte implicitement de : Civ. cass. 16 avr. 1839; S. 39-1-264.

Le recours au bénéfice n'y est pas contesté; ce sont simplement ses effets, ses modalités d'application : les héritiers naturels non réservataires prétendaient que l'institué contractuel, dont le titre était cependant universel, aurait dû les appeler soit à l'inventaire, soit à la vente du mobilier.

Renonciation au greffe. — L'option que fait l'institué donne naissance à quelques problèmes d'ordre secondaire.

Ainsi, nous savons qu'en matière de succession, toute renonciation ou acceptation sous bénéfice d'inventaire doit se faire au greffe du tribunal civil du lieu où la succession s'est ouverte (art. 784 et 793). En sera-t-il de même en matière d'institution contractuelle? Nous n'hésitons pas à prendre ce parti ¹.

Puisque l'institution fait un héritier; puisque l'institué prétend à une partie de la succession; puisqu'il a déjà accepté, par son contrat de mariage, la qualité d'héritier éventuel, on peut dire de lui, tout aussi bien que de l'héritier du sang, que sa renonciation ne se présume pas et que, par conséquent, pour être valable, elle doit être faite dans les formes prévues pour les renonciations à succession.

1. En ce sens : BAUDRY-LACANTINIERE, n° 3924, p. 841. — HUC, n° 458, p. 594.

Le voisinage, dans le Code Civil, des sections du Livre III du Titre I, qui traitent de la renonciation d'une part, du bénéfice d'inventaire d'autre part, permet de croire que la loi a voulu assimiler ces deux options dans leur manifestation; cette volonté semble d'autant moins douteuse que les actes respectifs par lesquels sont faites les options en question, sont reçus sur le même registre (art. 793). L'assimilation, à notre avis, doit être faite jusqu'au bout, ou ne pas être faite du tout. Puisque nous acceptons d'accorder aux institués contractuels le bénéfice d'inventaire, alors que cette atténuation à la rigueur de la renonciation pure et simple est spéciale aux successions, et n'a pas été formellement prévue pour les institutions contractuelles, nous en concluons qu'ayant commencé, il nous faut terminer, et que les mêmes textes qui réglementent sur ce point les successions *ab intestat*, doivent réglementer les successions contractuelles; en conséquence, la renonciation d'une part, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire d'autre part, des institutions contractuelles, devra se faire au greffe du Tribunal civil du lieu où s'est ouverte la succession.

La jurisprudence n'est pas très certaine, mais il semble bien que nous soyons en contradiction avec elle. Nous n'avons relevé, en faveur de notre opinion, qu'un arrêt de Cour d'Appel :

POITIERS 12 déc. 1887; S. 88-2-32; D.P. 89-2-113,

et un arrêt de la Cour de Cassation :

Req. 14 déc. 1885; S. 86-1-481 (institution entre époux).

Par contre, les résolutions contraires sont plus nombreuses, et comportent deux arrêts de la Cour suprême, dont un est postérieur à celui que nous avons cité en notre sens :

Civ. cass. 24 nov. 1857; D.P. 57-1-425;

AGEN 19 déc. 1866; D. P. 67-2-5;

AMIENS 21 Nov. 1895, et sur pourvoi,

Civ. cass. 17 nov. 1897; D.P. 98-1-126;

DIJON 15 avr. 1907; D.P. 1909-2-210.

Il semble d'ailleurs que, pour les trois premiers arrêts de cette liste tout au moins, la considération de l'objet de l'institution contractuelle : un usufruit, ait eu quelque influence.

Question de l'accroissement en cas de renonciation. — La renonciation de l'institué contractuel à son bénéfice, soulève un autre problème. Faut-il lui appliquer l'article 786 : « La « part du renonçant accroît à ses cohéritiers; s'il est seul elle « est dévolue au degré subséquent? »

Nous ne le pensons pas. D'abord, quels seraient les cohéritiers de l'institué? Il pouvait hériter en vertu d'un titre à lui propre, et il était le seul à posséder ce titre. Il n'a donc pas de cotitulaires à son bénéfice. Même si le donateur a fait plusieurs institutions contractuelles, il n'y a entre elles aucun lien, pas plus qu'il n'y en aurait entre plusieurs ventes ou plusieurs échanges non conditionnels. Ces contrats sont uns, se suffisent à eux-mêmes.

Les héritiers légitimes, eux, viennent à la succession en vertu de la loi. Celle-ci les a classés en diverses catégories, entre lesquelles elle a établi une hiérarchie très nette, et dans lesquelles elle a donné à ceux qui en font partie, des droits égaux. Dans chaque catégorie appelée, la renonciation de l'un profite aux autres.

Même si on lui appliquait l'article 786, l'institué étant seul dans sa catégorie, sa renonciation ne pourrait profiter à personne. Cette renonciation équivaut à la suppression de l'institution et de toutes ses conséquences. Parmi celles-ci, figure l'irrévocabilité spéciale qui consiste en l'interdiction faite à l'instituant de disposer à titre gratuit en fraude de l'institution. Puisque cette dernière est supprimée, elle doit être réputée n'avoir pas existé; par conséquent, les dispositions que peut avoir fait l'instituant ne sauraient avoir été faites en fraude de l'institution; elles seront valables dans la limite de la quotité disponible, et personne ne pourra les attaquer. Les héritiers légitimes seraient mal venus de prétendre que l'institution contractuelle avait frappé d'indisponibilité les biens dont l'instituant avait ainsi disposé.

La loi n'a donné aux héritiers légitimes, sauf dans des cas très spéciaux et nettement déterminés (lorsque le bénéficiaire des libéralités est un enfant naturel, par exemple), aucun droit de regard sur la quotité disponible. Celle-ci ne leur advient que si le *de cujus* n'en a pas disposé. Et si, au contraire, il a fait des dispositions à titre gratuit qui dépassent la quotité disponible, ce n'est que dans la mesure du dépassement qu'ils peuvent les attaquer. Dès lors, si l'un des attributaires de ces dispositions renonce à la libéralité qui lui a été faite, la somme des biens sur lesquels porte cette renonciation vient diminuer, pour autant, le total des actes à titre gratuit qu'a faits le *de cujus*. Elle peut avoir pour effet, si le cas se présente, de faire rentrer les derniers en date dans la catégorie de ceux qui sont inattaquables, alors qu'à défaut de cette renonciation, ils eussent été assujettis à réduction totale ou partielle.

En résumé, la renonciation de l'institué contractuel profite, le cas échéant, aux donataires et légataires postérieurs. La quotité disponible, qui aurait été amputée du montant de l'émolument de l'institution, le recouvre, ce qui permet, jusqu'à concurrence de ce montant, des dispositions ultérieures à titre gratuit.

La jurisprudence est constante et comporte plusieurs arrêts :

TOULOUSE 15 avr. 1842; S. 42-2-385 et, sur pourvoi, Req. 20 déc. 1843; S. 44-1-214;

AGEN 22 avr. 1844; S. 44-2-391;

BORDEAUX 5 fév. 1844; S. 44-2-345;

GRENOBLE 13 déc. 1910; D.P. 1913-5-29.

Nous étudierons plus loin l'effet de la renonciation de l'institué vis-à-vis de ses enfants; ceux-ci, en effet, ont été, sauf stipulation contraire, institués en même temps que lui, pour bénéficier de l'institution contractuelle au cas où leur père précéderait l'instituant. Nous verrons s'il y a lieu d'assimiler au précédès, la renonciation à l'institution.

Acceptation par les créanciers du renonçant. — Nous n'hésiterons pas non plus à appliquer l'article 788 au cas de l'ins-

titution contractuelle : « Les créanciers de celui qui renonce
« au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en
« justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en
« son lieu et place. »

Ni l'article 790 : « Tant que la prescription du droit d'ac-
« cepter n'est pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé,
« ils ont la faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a
« pas été déjà acceptée par d'autres héritiers. »

Ces conclusions sont toujours des conséquences de ce que
l'institué contractuel a un droit successif, au même titre que
l'héritier légitime. Il ne l'a pas acquis de la même façon, mais
cela ne saurait en rien dénaturer le droit en lui-même. Sa
position ne doit être ni meilleure ni pire : elle doit être la
même.

Acceptation définitive. — Une autre conséquence, c'est que
l'acceptation, une fois faite, est définitive, pourvu évidemment
qu'elle ait été faite en connaissance de cause, qu'elle n'ait pas
été entachée de dol.

En ce sens :

Civ. rej. 12 janv. 1853; D.P. 53-1-21;

Civ. rej. 11 janv. 1853; D.P. 55-1-17.

contra :

Req. 29 fév. 1820; S. chr. t. 6-1-190.

C'était déjà l'opinion de l'Ancien Droit ¹ et c'est aussi de
nos jours, celle de TROPLONG, de LAURENT, du Répertoire
DALLOZ ².

1. FERGOLÉ, p. 162. — BOURJON, n° 4, p. 73, dit : « L'héritier contrac-
tuel peut aussi renoncer mais il faut que sa renonciation soit faite lorsque
les choses sont encore entières; car s'il s'était immiscé, il n'y serait plus
recevable ».

2. TROPLONG, n° 2356, p. 508 : *Semel hæres, semper hæres*. — LAURENT,
n° 236, p. 277. — *Rép. DALLOZ*, n° 2103.

Etendue de l'émolument de l'institution. — Revenons à l'issue normale de l'institution : le bénéficiaire l'accepte. Quels seront les effets de son acceptation ?

Avant de les étudier, il nous semble nécessaire de déterminer d'abord quelle peut être l'étendue de l'émolument. Les limites en sont tracées, d'une part, par l'article 1090 : « Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, « seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, « réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer. »

Quelque grande que soit la faveur des mariages, elle cède le pas à l'intérêt qu'a manifesté le législateur vis-à-vis de certaines catégories d'héritiers : les réservataires.

Donc, l'instituant doit respecter la réserve; l'institution contractuelle ne peut porter que sur la quotité disponible, et elle serait réduite à celle-ci au cas où elle la dépasserait.

Reste à en déterminer l'importance. Comme en toute matière de succession, l'étendue de la quotité disponible ne peut être calculée qu'au décès de l'instituant. Si elle semblait devoir être de la moitié des biens de celui-ci lors du contrat de mariage, elle peut n'être plus que du quart, le moment venu, d'autres enfants étant nés, comme aussi elle peut être de la totalité si les réservataires ont disparu.

Ainsi, un ascendant avait fait une institution contractuelle à l'un de ses fils. Avant sa mort, il fit entre ses trois enfants, un partage d'ascendants. Mais, il advint que l'un des trois copartageants mourut avant son père. Par application de ce qui précède, il fut jugé que la part de ce fils prédécédé devait retourner à la succession, et accroître ainsi le préciput de l'institué et la réserve des deux enfants survivants : AGEN 20 Avr. 1864; D.P. 64-2-109.

Il fut jugé également que pour le calcul de la quotité disponible, il devait être tenu compte de la plus-value résultant de travaux faits sur des immeubles donnés par le défunt :

Req. 10 fév. 1885; S. 86-1-74; D.P. 88-5-373.

Mais, si l'étendue de la quotité disponible peut subir des

modifications, dans un sens ou dans l'autre, par l'avènement de faits divers tels que naissances ou morts de réservataires, plus-values, etc., ce sont les seules qu'elle puisse subir, et une loi qui modifierait l'étendue de la réserve, ne serait pas applicable à une institution contractuelle faite antérieurement à sa promulgation.

C'EST LA LOI EN VIGUEUR LORS DU CONTRAT DE MARIAGE qui détermine quelle est la quotité disponible dont il doit être tenu compte à l'ouverture de l'institution.

C'est là un corollaire de l'irrévocabilité du titre de l'institué. Celui-ci a un droit successif bien déterminé dès le contrat de mariage; c'est sur la foi en ce droit que peut-être il s'est marié, et une loi qui viendrait le modifier userait de rétroactivité.

La jurisprudence est unanime en ce sens; nous citerons notamment :

Civ. rej. 7 vent. an XIII, S. chr. t. 2-1-76;

TURIN, 15 mars 1806; S. chr. t. 2-2-123 :

« La Cour... considérant que dans les institutions contractuelles, il faut, suivant la doctrine de CUVAS et de DUMOU-LIN, distinguer la perfection d'avec l'exécution du contrat; « la perfection existe à l'époque de la confection de l'acte et « il n'y a que l'exécution qui soit différée. »

GRENOBLE 7 av. 1807; S. chr. t. 2-2-222;

GRENOBLE 27 janv. 1809; S. chr. t. 3-2-13;

Civ. rej. 11 nov. 1828; S. 29-1-63;

Civ. rej. 31 janv. 1832; S. 32-1-220;

TOULOUSE 18 mai 1832; S. 32-2-510.

Réduction des institutions à la quotité disponible. — Ceci acquis, lorsque l'institution contractuelle aura porté atteinte à la réserve, elle sera réductible.

Dans quel cas pourra-t-on dire qu'elle a empiété sur la réserve due aux héritiers légitimes?

Cela ne fera aucun doute lorsque l'instituant aura disposé par cette voie de toute sa fortune, ou d'une partie supérieure

à celle dont il pouvait disposer. S'il n'a pas fait d'autres libéralités, la solution est facile : l'émolument de l'institution contractuelle sera ramené à la fraction du patrimoine de l'instituant qui correspond à la quotité disponible, déterminée par l'état de sa famille au moment de son décès.

Mais, dans le cas où l'émolument de l'institution par lui-même est inférieur à la quotité disponible, et que ce n'est que la somme des libéralités consenties par l'instituant qui la dépasse, quelles seront les règles à suivre pour la réduction des libéralités excessives, et notamment pour celle de l'institution contractuelle?

Nous savons qu'il n'y a que deux façons de disposer à titre gratuit : par donation entre vifs et par testament. Donc, notre institution contractuelle ne peut se trouver en concours qu'avec ces deux sortes de dispositions.

Nous pouvons immédiatement éliminer la question du testament : en effet, l'art. 923 nous dit qu'il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires; notre institution contractuelle étant une donation entre vifs subsiste tant que tous les legs ne sont pas tombés. Un autre raisonnement peut d'ailleurs nous amener à la même conclusion; ou bien le testament était antérieur à l'institution contractuelle et celle-ci l'a révoqué implicitement, dans la mesure où les objets des deux actes étaient inconciliables; ou bien il est postérieur à l'institution et dans ce cas, dans la mesure où il la diminue, il contrevient à l'irrévocabilité qui en est l'essence et il n'y a encore pas lieu d'en tenir compte.

Cependant, il convient d'apporter un tempérament à ce qui précède. Nous avons vu que l'irrévocabilité de l'émolument de l'institution contractuelle n'empêchait pas les libéralités modiques. Si donc ces dernières ont été faites sous forme de legs, elles subsisteront au détriment de l'institution qui, elle, sera réduite s'il y a lieu, pour parfaire la réserve légale, intangible. Lesdits legs sont considérés, par la loi elle-même, comme une charge de l'institution, et ce n'est point la diminuer que de la lui faire supporter.

La question des dispositions testamentaires étant écartée, il reste celle des donations entre vifs. C'est la deuxième partie du même article 923 qui la résoudra : « ...Et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes. »

Par conséquent, on ne touchera pas à l'institution tant qu'il y aura des donations postérieures à réduire, ou à retrancher pour le tout. Ce résultat encore peut être obtenu en considérant l'irrévocabilité de l'institution : toute donation ultérieure est incompatible avec elle dans la mesure où elle aurait pour résultat d'y porter atteinte. Et, comme en matière de legs, les donations modiques auront la préférence sur l'institution elle-même, car les biens sur lesquels elles portent ont été réservés par la loi.

De ce dernier principe découlera même un résultat en apparence paradoxal. Il se peut qu'après l'institution, inférieure par hypothèse à la quotité disponible, le disposant ait fait des donations entre vifs ordinaires qui, par elles-mêmes, ne portent pas préjudice à l'institution, puis des donations ou des legs modiques. Relativement aux donations entre vifs ordinaires postérieures à l'institution, les legs modiques d'une part et les donations modiques postérieures en date, d'autre part, devraient d'abord tomber pour parfaire la réserve, et il n'y aurait lieu de toucher aux donations considérées que dans la mesure où la somme récupérée ainsi ne suffirait pas. Relativement à l'institution contractuelle, par contre, qui est cependant préférable si l'on ne tient compte que de la date, aux donations entre vifs ordinaires postérieures, les mêmes legs ou donations modiques doivent subsister. Disons-nous alors que, parce qu'entre l'institution et les legs ou donations modiques, il a été fait des donations entre vifs ordinaires, les libéralités modiques seront anéanties, alors qu'elles ne l'eussent point été s'il n'y avait eu une telle interposition de donations ordinaires? Nous ne le pensons pas. Nous n'hésitons pas à avancer que la réduction des legs et donations modiques devra se faire fictivement, pour le calcul de ce qui

devra être retranché des donations entre vifs ordinaires interposées, mais que le même retranchement ne se fera effectivement que sur l'émolument de l'institution contractuelle, avec laquelle les libéralités modiques considérées ne sont pas inconciliables.

Puisqu'il est question d'antériorité de date, il reste à fixer le point de départ, la date à laquelle l'institution contractuelle doit être considérée comme parfaite. On sait qu'elle est faite par le contrat de mariage, mais qu'elle n'acquiert sa valeur que par la célébration du mariage. Celle-ci agit comme une condition suspensive; dès qu'elle se réalise, elle rétroagit à la date du contrat de mariage; de sorte qu'on peut dire que c'est à cette dernière date que l'institution contractuelle est parfaite. Nous pensons que c'est bien là ce qu'ont cherché les parties; l'institution est faite *si nuptiæ sequantur*. Dès l'accomplissement de la condition, elle doit être considérée comme ayant été faite à la date du contrat de mariage, et toute libéralité faite entre celui-ci et le mariage lui-même, comme toute libéralité postérieure à celui-ci, est postérieure en date à l'institution, ce qui la soumet à toutes les conséquences attachées à cet état de postériorité.

Nous avons vu que l'instituant peut atténuer, peut limiter, lui-même, l'irrévocabilité de son institution, en spécifiant qu'il se réserve la faculté de disposer de certains biens.

S'il n'en dispose pas, ces biens sont compris dans la donation de l'institué, et ils s'intègrent à celle-ci pour la résolution du problème de la réduction éventuelle. Les legs tombent d'abord, et, après eux, les donations postérieures à l'institution contractuelle, sous réserve que ni les legs ni les donations ne soient considérés comme modiques. Certains auteurs ont prétendu que dans le cas où l'instituant n'use pas de la réserve qu'il s'était faite, les objets dont il s'était réservé la disposition, sont atteints par la réduction entre les mains de l'institué, avant les donations entre vifs postérieures; ils se fondent sur ce que les dons révocables doivent toujours être réduits les premiers. Nous ne pouvons les suivre : l'art. 923 ne s'occupe que des donations entre vifs proprement dites et

des dispositions testamentaires; il n'a pas fait une catégorie spéciale de donations dont partie est révocable. D'ailleurs, au moment où il s'agit de savoir dans quel ordre se fera la réduction, l'institution n'est plus révocable pour partie. Les biens dont l'instituant s'était réservé la faculté de disposer, ont été donnés à l'institué au même titre que les autres, sous la seule condition que le donateur n'en disposerait pas. Comme, par hypothèse, il n'en a pas disposé, la condition résolutoire est défaillie; tout se passe comme si l'institution s'était faite sans cette modalité.

Si, au contraire, l'instituant a disposé des biens comme il s'en était réservé la faculté, il n'a fait qu'user de son droit; la condition résolutoire se réalise avec rétroactivité : les biens dont il est question sont censés n'avoir jamais fait partie de l'institution. Si la réserve des héritiers légitimes a été entamée par l'ensemble des dispositions gratuites faites par l'instituant, il s'agit alors de savoir quelles sont celles qui subiront d'abord la réduction : des dispositions faites en exécution de la réserve que s'était faite l'instituant, ou de l'institution contractuelle elle-même. Faut-il suivre la règle adoptée plus haut, et dire que les libéralités postérieures au contrat de mariage, du fait qu'elles sont postérieures, doivent subir la réduction avant que l'institution contractuelle ne puisse être mise en question? Ou bien, faut-il dire que le donateur n'a fait l'institution qu'à la condition de pouvoir disposer de ce qu'il s'est réservé, et que, par conséquent, les dispositions qu'il en a pu faire doivent être intangibles si elles n'écornent pas la réserve légale, celle-ci devant être parfaite en cas de besoin, par un prélèvement fait sur l'émolument de l'institution?

M. TROPLONG adopte ce dernier parti (n° 2512) en se fondant sur la volonté présumée du disposant, qui s'est réservé le droit de faire dans une certaine limite des donations préférables à l'institution d'héritier; la solution lui paraît déjà évidente quand l'institution est universelle, mais bien plus encore lorsqu'elle ne l'est pas « car alors la réserve de disposer « a quelque chose de plus défavorable au donataire; elle était « moins nécessaire que dans une donation universelle.

« puisque sur les biens placés en dehors de la donation, il « pouvait satisfaire ses idées de libéralité » (n° 2.513, p. 679).

Nous croyons aussi que c'est bien la solution qui s'impose, et qu'il n'y a pas lieu de distinguer, comme le fait COIN-DELISLE ¹, si l'institution est universelle, à titre universel ou à titre particulier. Il nous semble que le problème doit se résoudre comme suit :

Au décès de l'instituant, il y a lieu de faire quatre parts idéales de son patrimoine. La première constituera la réserve légale; elle se calcule mathématiquement, d'après l'état de la famille du *de cuius* au moment de son décès. La seconde comprendra, s'il y a lieu, les libéralités entre vifs qu'a faites l'instituant, avant le contrat de mariage portant institution; la troisième comportera les biens (ou la part) dont il s'est réservé la faculté de disposer; c'est une espèce de réserve supplémentaire conventionnelle et qui n'aura d'ailleurs lieu de jouer que vis-à-vis de l'institution; la quatrième enfin, formera la quotité disponible relative à l'institué. La somme de ces trois dernières parts constitue la quotité disponible légale.

Si le *de cuius* a disposé, en tout, de plus que de cette quotité disponible légale, les réductions des dispositions se feront dans l'ordre établi par l'art. 923 et affecteront par conséquent la quatrième part avant les trois autres, l'institution contractuelle avant les dispositions que l'instituant s'était réservé la faculté de faire.

Plusieurs auteurs ² ont envisagé le cas d'une réserve de la faculté de disposer, dont nous venons de parler, et d'un changement de législation. A supposer que l'instituant n'ait pas usé de la faculté qu'il s'était réservée dans le contrat, les biens qui faisaient l'objet de cette réserve pourraient-ils servir à compléter la réserve légale établie par la nouvelle législation, et devenue plus forte que celle à laquelle auraient eu droit les héritiers légitimes au moment du contrat? Nous avons vu

1. COIN-DELISLE, n° 4, p. 587. — Voir aussi GRENIER, n° 609, tome IV.

2. GRENIER, n° 442, pp. 404 et suiv. — TROPLONG, n° 2467, p. 638. — DEMOLOMBE, n° 406, p. 440.

plus haut qu'en cas de changement de législation, la quotité disponible sur laquelle il y a lieu de se fonder lors de l'ouverture de l'institution contractuelle est celle qui était fixée par la législation existante au moment du contrat, ceci à cause de l'irrévocabilité de l'institution. Mais, dans le cas envisagé, il y a ceci de particulier : c'est que l'institué n'était pas sûr que les biens dont l'instituant s'était réservé la faculté de disposer, feraient partie de son émolument. Certes, s'il en avait disposé, l'institué n'aurait pas eu à s'en plaindre, mais puisqu'il ne l'a pas fait, le juge pourrait-il les distraire en partie ou en totalité de son émolument pour faire accorder, avec la loi nouvelle, la part de biens qui échoit aux héritiers légitimes?

Nous dirons : « Non » avec DEMOLOMBE¹. « L'objet, dont le « donateur s'était réservé la faculté de disposer, était compris « dans la donation; et il était lui-même acquis au donataire, « sous la condition seulement que le donateur n'en disposerait « pas. Or, le donateur n'en a pas disposé. Donc, le donataire « est réputé avoir été saisi dès le jour du contrat de mariage, « comme des autres biens compris dans la donation². »

M. TROPLONG est d'avis contraire, ainsi que GRENIER³. Ils croient que cette valeur n'était pas irrévocablement acquise au donataire ou à l'institué et que, par conséquent, la loi peut en disposer pour augmenter la légitime des héritiers réservataires⁴.

Nous ne quitterons point cette question de la quotité disponible, avant d'avoir rappelé que pour le calcul de celle-ci, les enfants adoptifs entrent en ligne de compte comme les enfants naturels. Il peut évidemment, comme nous l'avons déjà dit, y avoir là un moyen détourné de faire pièce à l'irrévocabilité de l'institution contractuelle, mais le texte de l'art. 357 est formel : « L'adopté et ses descendants légitimes « ont sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que « ceux qu'y auraient les enfants ou descendants légitimes ».

1. DEMOLOMBE, n° 406, p. 440.

2. VOIT GRENOBLE, 27 janv. 1809; S. chr. t. III-2-13.

3. TROPLONG, n° 2467, p. 638. — GRENIER, n° 442, pp. 404 et suiv.

4. Voir Civ. rej., 16 oct. 1811; S. chr., 1. III-1-410.

Question du rapport. — L'article 1090 ne parle que de la réduction des institutions contractuelles portant atteinte à la réserve légale, sans faire mention du rapport. Il est hors de doute, cependant, que puisque notre disposition est une donation entre vifs, il faille lui appliquer l'alinéa 1^{er} de l'article 843. Donc, à moins qu'il n'ait été stipulé dans le contrat que l'institution a été faite « expressément par préciput et hors part, ou « avec dispense de rapport » l'héritier, même bénéficiaire, devra rapporter à la succession l'émolument de l'institution contractuelle qui lui a été consentie par le *de cujus* ¹.

Dès lors, le bénéfice de l'institution contractuelle s'impute d'abord sur la réserve, et subséquemment sur la quotité disponible.

Remarquons d'ailleurs que le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier (art. 857). Par conséquent, si l'institué contractuel n'est pas, en même temps, héritier du sang, sa seule qualité d'institué ne lui permet pas de demander aux héritiers *ab intestat* le rapport des dons antérieurs à son institution, pas plus que ne le peuvent leur demander les créanciers ni les légataires.

Enfin, disons que le fils naturel reconnu peut parfaitement être institué contractuellement par son père, mais celui-ci ne pourra trouver par là un moyen de tourner la loi, et de donner à son fils plus qu'il ne lui est permis ².

SECTION II

ACQUISITION DE LA SUCCESSION PAR L'INSTITUE. SAISINE

Il ne suffit point de connaître l'étendue du droit de l'institué. Lorsqu'il vient à effet, il s'agit de savoir comment il l'exercera.

1. Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, n° 3847, p. 782; Civ. cass., 8 fév. 1898; S. 99-1-137; Grenoble, 4 août 1852; *J. du Palais*, 1853-1-598; Limoges, 7 déc. 1900, D. 1902-2-369.

2. Comp. *Rép. DALLOZ*, n° 2041.

Dès la mort de l'instituant, l'institué devient propriétaire de ce qui lui a été donné. L'article 711 énonce que « la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire... » Cela veut-il dire que l'institué peut s'emparer immédiatement de son émolument?

Question de la saisine. — C'est ici qu'intervient la question importante de la saisine.

On sait quels sont les effets de la saisine héréditaire : c'est la prise de possession de l'hérédité. « On a pu la définir « l'investiture légale de la possession de l'hérédité » (M. HÉMAR, n° 3032). Si l'institué est bien propriétaire de ce qui lui est dévolu, en est-il considéré en possession, ou peut-il se mettre, sans formalités, en possession? La formalité consisterait à demander la délivrance.

Le cas n'a pas été prévu par le chapitre VIII du titre II du livre III, qui fait l'objet de notre étude. Force nous est donc d'avoir recours au droit commun, au droit des successions.

Trois textes seulement visent la saisine : les articles 724, 1004 et 1006. Le premier dit que les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt; le second impose au légataire universel l'obligation de demander la délivrance de son legs aux héritiers à réserve; le troisième le dispense de cette formalité dans le cas où il n'y a pas d'héritier à réserve. Nulle part il n'est question de l'institué. Il est donc indispensable d'assimiler celui-ci, soit à un héritier réservataire, soit à un légataire, soit encore à un créancier de la succession puisque la succession est en quelque sorte débitrice envers lui.

Si on le considère comme créancier, il devra nécessairement poursuivre, contre la succession, le paiement de sa créance. Il ne saurait être question de saisine.

Si on le considère comme légataire, il faudra voir s'il est légataire universel, légataire à titre universel ou légataire particulier; légataire universel, il devra demander la délivrance s'il se trouve en présence d'héritiers à réserve; il en sera dispensé par contre s'il n'existe pas de réservataires. Légataire à

titre universel ou à titre particulier, il sera toujours assujéti à la demande en délivrance.

Enfin, si l'institué est assimilé à un héritier légitime réservataire, il n'aura pas à demander l'envoi en possession. Propriétaire, par son titre, des biens qui constituent l'émolument de celui-ci, il sera investi automatiquement de tous les droits, actions et obligations afférents à ces biens.

Examinons donc ces trois cas.

L'institué est-il créancier?

En ce qui concerne l'institution d'une somme d'argent, deux arrêts l'ont prétendu :

BORDEAUX 6 avril 1892; D. P. 93-2-274;

BESANÇON 8 juin 1898; D. P. 99-2-143.

Le premier a décidé que l'institué d'une somme d'argent est simple créancier de la succession et que, comme tel, il n'a ni à en demander la délivrance, comme s'il s'agissait d'un legs, ni à engager une action en pétition d'hérédité. Pour jouir de son titre, qui est revêtu de la forme exécutoire, il lui suffit d'agir par voie de commandement.

Dans le second, où il s'agissait d'une donation par contrat de mariage, par préciput et hors part, d'une somme de mille francs payable par moitié au décès du prémourant et le surplus au décès du survivant des deux époux qui l'avaient faite, nous relevons : « Attendu, en droit, qu'une institution contractuelle, lorsqu'elle porte sur une somme déterminée, stipulée payable au décès de l'instituant, n'est pas autre chose que la constitution irrévocable au profit de l'institué et cela du jour même de l'institution, d'un droit de créance à terme d'égale somme sur la succession de l'instituant; qu'il en résulte que, si la succession de ce dernier ne présente aucun actif, le titre de l'institué n'en sera pas, pour autant, frappé de caducité; qu'assimilé à un créancier ordinaire, dont le titre est devenu exigible, l'institué pourra poursuivre le recouvrement de sa créance par les voies de droit et notamment à l'encontre des héritiers ou légataires, qui, à raison

« de leur situation légale ou de leurs charges testamentaires, « seraient tenus au delà des forces de la succession. »

Nous ne saurions souscrire à cette jurisprudence. En effet, si l'institué était créancier de la succession, cela voudrait dire qu'au cas où l'actif ne serait pas suffisant pour payer toutes les dettes de la succession, l'institué viendrait en concours avec les véritables créanciers. Cela ne se peut : le prétendre, ce serait admettre que l'instituant n'a pu, pour partie tout au moins, disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution. D'autre part, dire que l'institué est un créancier qui ne sera payé qu'après les créanciers véritables ne vaut guère mieux ; la loi ne connaît pas ces sortes de créanciers inférieurs. Elle a bien divisé les créances en créances privilégiées, qu'elle a limitativement énumérées, et en créances ordinaires, mais elle n'a pas fait une troisième catégorie dont les titulaires seraient moins bien lotis que ceux de la précédente.

L'institué ne saurait non plus être considéré comme un héritier à réserve, parce que la réserve légale est une institution tout à fait exceptionnelle, dont le bénéfice ne doit être attribué qu'aux seules personnes indiquées par les textes. Les biens qui sont réservés à l'institué, ne le sont pas par la loi. Certes, la loi interdit qu'une fois l'institution contractuelle faite, il y soit porté atteinte, mais il n'en reste pas moins que si les biens que cette disposition comporte, adviennent à l'institué, ce ne sera pas en vertu de la loi, mais en vertu du contrat intervenu entre instituant et institué.

Est-ce à dire que jamais l'institué n'aura la saisine ? Nous n'oserions aller jusque là. Nous ne voyons pas ce qui empêcherait de l'accorder dans les circonstances où l'article 1006 l'accorde au légataire universel, c'est-à-dire quand il n'y a point d'héritier à réserve. Nous ne la lui accorderions d'ailleurs aussi que lorsque son institution serait universelle. En effet, il a alors une vocation à la succession entière ; personne ne peut lui disputer l'hérédité, serait-ce pour partie. La réserve, rappelons-nous le, est une sauvegarde du patrimoine de la famille ; c'est la garantie qu'une bonne partie des biens qui le composent iront aux proches du *de cujus*, à ceux qui

lui sont unis par un lien étroit de parenté. Les réservataires continuent la personne du décédé; ils ont des droits à faire valoir, sur lesquels ils doivent veiller.

Les héritiers légitimes non réservataires occupent exactement la même position lorsque l'institué n'a qu'un émolument à titre universel ou particulier. Ce qui reste après l'institution est pour eux. Ils sont saisis de plein droit des biens de la succession, à la condition qu'ils en acquittent les charges (art. 724), et l'institution est l'une de ces charges. Lorsqu'ils se trouvent en face d'une institution universelle, leur rôle de gardiens du patrimoine n'a plus à s'exercer puisqu'il ne doit rien leur rester. Il n'y a donc aucune raison pour qu'ils soient investis de la prérogative d'envoyer l'institué en possession et c'est pourquoi nous donnons, en ce cas, la saisine à celui-ci.

A part les deux arrêts cités plus haut et relatifs à des institutions de sommes d'argent, il n'y a pas de jurisprudence sur la question, sauf peut-être

Civ. cass. 16 avril 1839; S. 1839-1-264, déjà cité;

Un institué universel, qui avait accepté son institution sous bénéfice d'inventaire, n'avait pas appelé à l'inventaire et à la vente du mobilier, les héritiers naturels, qui n'étaient pas réservataires. Ceux-ci furent déboutés de leur demande de déchéance du bénéfice d'inventaire, car ils n'avaient aucun droit héréditaire à faire valoir et par conséquent, n'avaient pas à être appelés par l'institué universel. Il ne fut pas question de saisine, mais s'il n'y avait le mot il y avait la chose.

Par contre, la doctrine a beaucoup controversé sur la question, et l'on ne trouve pas moins de quatre systèmes.

Pour certains auteurs ¹, l'institué n'a pas à faire de demande en délivrance; il est saisi de plein droit.

Pour d'autres ², l'institué n'acquiert jamais la saisine; l'ar-

1. ROLLAND DE VILLARGUES, n° 94, p. 396. — MERLIN, § X, n° 2, p. 274.

2. HUC, n° 459 p. 595. — MARCADE, n° 290, p. 209. — COLMET DE SANTERRE, n° 256 bis, V, p. 489. — LAURENT, n° 237, p. 277, n° 239, p. 280.

ticle 1006 même ne peut lui être appliqué, parce qu'il est exceptionnel et qu'il ne vise que le légataire universel. Pour ceux-ci, l'institué doit donc toujours demander la délivrance.

Un troisième système¹ donne la saisine à l'institué contractuel universel, lorsqu'il n'y a pas d'héritier réservataire; mais, dans ce système, l'institué privé de la saisine héréditaire n'est cependant pas soumis à la nécessité d'une demande en délivrance.

Enfin, un quatrième système, qui est celui que nous avons adopté, accorde uniquement la saisine à l'institué universel lorsqu'il n'y a point d'héritier réservataire, et il contraint à de demander la délivrance aux héritiers, tout institué qui ne remplit pas ces conditions².

Nous pouvons même citer un cinquième système, adopté par MM. BONNET et TROPLONG, qui s'appuient sur les articles 938, 1138 et 1583 pour parler d'une saisine contractuelle; mais il y a, dans ce système, confusion évidente entre la propriété et la possession³. DEMOLOMBE également, est partisan du système de la saisine contractuelle.

Dans l'Ancien Droit, l'héritier institué avait la saisine comme un héritier légitime⁴. Dans plusieurs coutumes, un texte formel l'établissait. (BOURBONNAIS : art. 219; AUVERGNE : titre XIV, article 17; NIVERNAIS : ch. XXVII, article 12; MARCHE : article 294.)

Donc, si l'institué contractuel a une vocation à l'universalité de la succession, et s'il ne se trouve pas en concours avec des héritiers réservataires, il se met, dès l'instant de la mort de l'instituant, en possession de l'hérédité dont il est devenu propriétaire.

S'il n'a pas la saisine, sa situation dépend de l'étendue de son titre.

1. AUBRY et RAU, p. 681. — DEMOLOMBE, n° 334, p. 359.

2. DURANTON, n° 719, p. 710. — ANOUILH, pp. 429-431. — BAUDRY-LACANTINERIE, nos 3931 à 3933, p. 843.

3. BONNET, n° 460, p. 219. — TROPLONG, n° 2348, p. 497 et 2366, p. 523.

4. VOIR AUROUX DES POMMIERS, sur art. 223, nos 1 et 2, p. 323 : « Il a été mis à la place d'un héritier présomptif ». — BOUCHEUL, ch. XXIX, n° 1, p. 505. — POTHIER, n° 23, p. 622.

S'il est institué universel en présence d'héritiers à réserve, ou s'il est institué pour une quote-part de la succession, il est cohéritier de ceux qui viennent à la succession en vertu d'un titre légal. Il devra donc provoquer le partage entre lui-même et les héritiers du sang ou autres représentants du défunt, ses copropriétaires. L'acte de partage, qui l'enverra en possession sera évidemment rétroactif, avec toutes les conséquences attachées à cette rétroactivité.

S'il est institué pour des biens particuliers, qu'ils soient taxativement déterminés, ou qu'ils soient de la totalité ou de partie des immeubles ou des meubles, l'action qu'exercera l'institué sera une action en revendication; elle s'exercera contre les mêmes personnes que dans le cas précédent, à moins que l'instituant n'ait désigné telle d'entre elles pour donner suite à ses libéralités. Au cas d'indécision sur ce qui revient à l'institué, une demande préalable en détermination sera indispensable.

La demande en délivrance ne serait pas moins nécessaire, à notre avis, si l'institué était déjà, en vertu d'un titre différent de celui de son institution, en possession des biens particuliers qui lui sont échus. Il est nécessaire qu'il change son titre précaire en un titre de propriétaire. Certes, si on lui réclamait ces biens, il pourrait les refuser par voie d'exception, mais n'est-ce point là, en somme, une autre forme de demande en délivrance? Il en serait de même, *a fortiori*, s'il n'exerçait, vis-à-vis des biens considérés, qu'une possession de fait, sans aucun titre.

L'action en paiement de la somme qui lui aurait été instituée, serait une espèce de revendication. Cette somme ne serait garantie, à notre avis, que dans la limite des forces de la succession, et les héritiers acceptants purs et simples n'auraient nullement à parfaire ladite somme sur leurs biens, au cas où ceux de l'hérédité seraient insuffisants.

Revendication des biens aliénés à titre gratuit. — Une question très importante va se poser si, en dépit de l'institution, le donateur a disposé de certains biens à titre gratuit.

Nous avons vu que pendant la vie de l'instituant, le donataire ne pouvait rien faire, pas même prendre de mesures conservatoires. Il n'en est plus de même à la mort du disposant. Les biens que l'instituant aura ainsi donnés au préjudice de l'institution, l'institué peut les revendiquer.

Meubles. — Entre les mains des donataires directs, cela ne fait aucun doute, sauf, évidemment, s'il s'agit de meubles, auquel cas l'article 2279 s'oppose à toute revendication.

L'institué perdra-t-il alors le bénéfice de son institution pour la valeur de ces meubles? M. BONNET (n° 445, p. 200) prétend que dans ce cas, l'institué aura recours contre la succession à l'effet d'obtenir réparation du tort qu'aura pu lui causer la tradition faite à autrui, de la chose mobilière comprise dans la donation. Nous le suivrons, mais avec une distinction. Ce recours ne pourra être utilement exercé que dans la limite de ce que les héritiers auront touché en plus de leur réserve légale : dans cette hypothèse, la succession sera débitrice envers l'institué, du montant de la fraude de l'instituant, qui a consisté à diminuer indûment l'émolument du précédent, en donnant tout ou partie de ce qui devait lui revenir en vertu de son titre. Mais si les héritiers n'ont reçu que leur réserve légale, ils ne sont tenus à rien. N'ayant eux-mêmes aucun recours contre le donataire de meubles qui leur opposerait l'art. 2279, ils ne peuvent être tenus de subir un préjudice pour que l'institué n'en subisse point. D'ailleurs, leur réserve est intangible, et leur recours contre les donataires doit primer celui que pourrait exercer l'institué. La seule concession que l'on pourrait faire, et sa légalité serait encore douteuse car l'art. 922 est formel, serait que l'on ne tînt pas compte des meubles, ainsi donnés au mépris de l'institution contractuelle et de la réserve légale tout ensemble, pour le calcul de la quotité disponible. Pour notre part, nous n'accepterions pas cette transaction car, dans l'esprit et dans les textes de la loi, les réservataires sont préférables à tous autres.

Immeubles. — Impuissant pour réclamer les meubles donnés au mépris de son institution, l'institué ne l'est plus en ce

qui concerne les immeubles qui auraient subi le même sort. Entre les mains du tiers donataire, il peut les revendiquer pendant trente ans à compter du décès de l'instituant, car ce donataire n'a pas de juste titre, et sa bonne foi éventuelle n'a pas à intervenir ici.

Mais il se peut que ce donataire ait, lui aussi, aliéné les immeubles à lui donnés. Comment pourra s'exercer alors le droit de revendication de l'institué?

Deux hypothèses sont à distinguer, à savoir celle où cette sous-aliénation a été faite à titre gratuit, et celle où elle a été faite à titre onéreux.

Lorsque le sous-acquéreur tient en vertu d'une libéralité, les immeubles distraits de l'institution, ces derniers sont revendicables par l'institué dans les mêmes conditions qu'entre les mains du donataire initial; celui-ci n'avait aucun droit sur les immeubles et il ne pouvait en transmettre. Le sous-acquéreur n'est donc à l'abri que trente ans après la mort de l'instituant.

Si maintenant ce sous-acquéreur les a achetés; s'il les tient en vertu d'un acte à titre onéreux, il pourra opposer à l'institué, qui revendique, la prescription de dix à vingt ans de l'article 2265 à condition qu'il soit de bonne foi (le juste titre existe par hypothèse).

En tout cas, il ne pourra exciper de l'article 930 lorsque l'émolument de l'institution est d'immeubles déterminés, ou de tous les immeubles, ou de partie de ceux-ci. Il ne pourrait le faire qu'au cas où le dit émolument serait d'une quote-part de la succession, celle-ci comprît-elle des immeubles.

Il s'agit maintenant de savoir quel sera le point de départ de ce délai d'usucapion. Sera-ce le moment de la mort de l'instituant, seul moment à partir duquel l'institué peut valablement agir? Sera-ce au contraire le moment où l'aliénation a été faite au sous-acquéreur, celui-ci n'ayant aucun rapport avec l'instituant, ni avec l'institué?

Nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer ici la maxime : « *Contra non valentem agere non currit prescriptio* », et que, par conséquent, le point de départ de l'usucapion ne peut être

que la mort de l'instituant. C'est l'avis unanime des auteurs ¹.

Il n'y a pas de jurisprudence sur la question. L'arrêt de

BESANÇON 2 juin 1860; D. P. 64-2-61, déjà cité, n'envisage pas le point de départ de l'usucapion. Il la reconnaît possible, comme il reconnaît que l'institué peut revendiquer entre les mains du sous-acquéreur, en vertu du principe : « *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ».

Fruits. — Les fruits des immeubles revendiqués appartiennent au possesseur de bonne foi. Ils ne sont dus à l'institué qu'à partir de la demande en justice, et non à partir du jour du décès de l'instituant. Il en fut ainsi jugé par

BORDEAUX 14 plu. an IX; S. chr. t. 1-2-15.

Cependant l'arrêt de

Civ. rej. 26 avr. 1870, S. 70-1-377,

applique aux donataires l'art. 928 du Code Civil : les fruits sont dus à partir de la mort de l'instituant à moins que la demande n'ait été faite plus d'une année après, auquel cas ils ne seront dus qu'à partir du jour de la demande.

La question des fruits ne se pose pas seulement dans les relations éventuelles, et pratiquement rares, des institués et des tiers détenteurs de biens revendicables; elle se pose, et d'une façon régulière, dans les relations des institués et des héritiers du sang. Il nous semble que la solution est simple : les institués sont eux-mêmes héritiers, c'est-à-dire propriétaires des biens qui font partie de leur émolument dès la mort de l'instituant. Il faut leur appliquer la règle : *Fructus augent hereditatem*, c'est-à-dire leur donner les fruits dès l'ouverture de la succession. Il n'y a nullement lieu d'examiner s'ils ont ou s'ils n'ont pas la saisine. Ils ne sauraient être privés des fruits de leur propriété dans l'intervalle qui sépare le partage de l'ouverture de la succession, ou celle-ci de leur envoi en possession. Si c'est une somme d'argent qui revient à l'institué, les intérêts lui sont dus à partir de l'ouverture de la succession ².

1. AUBRY et RAU, p. 683. — LAURENT, n° 240, p. 282. — BONNET, n° 445, p. 200. — DEMOLOMBE, n° 336, p. 362.

2. Voir BAUDRY-LACANTINERIE, n° 3933, p. 844. — BONNET, n° 605, p. 439.

SECTION III

CONTRIBUTION AUX DETTES

Après avoir examiné la nature et l'exercice des droits de l'institué sur les forces actives de la succession, il nous faut voir quelle est sa position en ce qui concerne les forces passives : les dettes et les legs.

Nous n'aurons pas à nous attarder sur ces derniers. Nous savons qu'à moins d'être modiques, ils ne peuvent être faits au préjudice de l'institution; par conséquent l'institué n'aura nullement à les supporter ¹.

Le problème de la contribution de l'institué aux dettes de la succession qui s'ouvre, est, par contre, assez épineux. A vrai dire, il se résume en la question de savoir si l'institué sera tenu *ultra* ou *intra vires*.

Mais, d'abord, disons que l'institué est tenu des dettes et charges de la succession. Il en est tenu parce qu'il est héritier. Il en est tenu, d'autre part, parce que son émolument ne peut comporter au maximum, que ce qui reste de forces actives une fois déduites les forces passives. Nous avons vu, en effet, que l'instituant conserve l'administration de ses biens et qu'il peut notamment s'obliger. S'il ne s'est pas acquitté de ses obligations pendant sa vie, sa succession les acquittera pour lui, à son décès. Ce dernier point de vue donnerait à penser que l'institué n'est tenu que dans les limites de son émolument, comme successeur aux biens seulement. Comme héritier, au contraire, il continuerait la personne du *de cuius*, il serait tenu pour sa part et portion, au delà des forces de la succession, *ultra vires emolument*. Il ne pourrait se dégager de son obligation

1. Nous signalons un arrêt très intéressant, rendu dans une espèce où un légataire universel se trouvait en présence de légataires particuliers et d'un institué contractuel; l'arrêt lui-même n'a que des rapports très vagues avec notre question, mais la note qui le suit donne des aperçus sur plusieurs points de l'institution contractuelle, Aix, 16 juil. 1870; D.P. 72-2-81. — Voir aussi *Req.*, 11 nov. 1857; D.P. 1858-1-183.

que par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, inscrite au greffe du tribunal.

Etendue de la contribution. — Il est peut-être bon de préciser que les dettes dont il s'agit, comprennent aussi bien celles dont la naissance est postérieure à l'institution, que celles qui existaient déjà lors du contrat. L'institué ne pourrait essayer de diviser son bénéfice : le réclamer tel qu'il était, ou plutôt tel qu'il semblait devoir être lors du contrat, et répudier toutes les dettes postérieures. Non. S'il accepte, il accepte pour le tout. Il est à peine besoin de le rappeler : son bénéfice est une succession, c'est-à-dire le patrimoine du disposant tel qu'il se présente lors de sa mort, grevé de toutes les charges dont son propriétaire l'a obéré.

Dans l'Ancien Droit, il semble bien que l'institué était tenu *ultra vires*¹.

Les auteurs modernes se partagent. Les uns font dépendre la contribution aux dettes de la saisine. Ils s'appuient sur l'article 724 qui leur paraît faire dépendre l'obligation aux dettes et charges de la succession, du fait que les héritiers sont saisis. LAURENT, par exemple (n° 241, p. 283) qui dénie à l'institué contractuel la saisine dans tous les cas, le considère par cela même comme tenu en sa seule qualité de détenteur de biens, c'est-à-dire *intra vires*. DURANTON (n° 721, p. 710) charge l'institué *ultra vires* quand il est saisi, s'il n'a pas usé du bénéfice d'inventaire et, quand il n'est pas saisi, s'il a confondu les biens de la succession avec les siens propres².

D'autres auteurs, qui sont rares, ne chargent l'institué qu'*intra vires bonorum* dans tous les cas³.

1. BOUCHEUL, ch. xxxiv, n° 27, p. 580. — AUROUX DES POMMIERS, n° 5, p. 324; LEBRUN, n° 41, p. 28, qui cite l'art. 34 du titre des donations de la Coutume d'Auvergne. — BOURJON, n° II, p. 73. — POTHIER, n° 23, p. 622. — FURGOLÉ, p. 104.

2. Même opinion chez BAUDRY-LACANTINERIE, n° 3938, p. 845. — AUBRY et RAU, p. 683.

3. MOURLON, n° 986, p. 531. — MARCADE, n° 289, p. 208. — COLMET DE SANTERRE, n° 256 bis, VII, p. 491 (à condition de ne pas avoir confondu les deux patrimoines).

Mais la plupart l'obligent au paiement des dettes *ultra vires*¹.

Nous sommes également de cet avis, parce que l'institué est un véritable héritier, qu'il continue la personne de l'instituant de la même façon que les héritiers du sang, bien que l'origine de son titre soit différente. C'est pourquoi, d'ailleurs, nous lui avons reconnu le droit au bénéfice d'inventaire. Celui-ci ne se comprendrait pas s'il ne devait avoir pour effet d'éviter à l'institué de donner plus qu'il ne reçoit.

Il va de soi, en outre, que lorsque l'institué n'a été gratifié qu'à titre particulier, pour des biens taxativement déterminés, pour une somme d'argent, on ne peut le considérer que comme un légataire, tenu en proportion de ce qu'il amende, mais dans les limites de cet amendement.

Il est non moins évident que si l'instituant a chargé son donataire, ainsi qu'il le peut, en vertu de l'article 1086, de toutes les dettes et charges de la succession, celui-ci devra remplir cette obligation : c'est une condition de son bénéfice, une sorte de limitation voulue par l'instituant, et ce n'est pas enfreindre les règles générales ci-dessus posées que de le soumettre à la loi du contrat.

SECTION IV

VOCATION DES ENFANTS

Dans tous les développements qui précèdent, nous avons toujours raisonné comme si l'institué survivait à l'instituant, comme si l'institution s'ouvrait à son profit, suivant le cas le plus normal et vraisemblablement le plus général.

L'inverse peut se présenter, et le donateur survivre à son donataire. Cette éventualité a été prévue par le législateur, qui a permis que l'on instituât les enfants à naître du mariage, en

1. BONNET, n° 494, p. 264. — TROPLONG, n° 2365, p. 522. — DEMOLOMBE, n° 337, p. 363. *Rép.* DALLON, n° 2105. — ANOUILH, p. 428. — HUC, n° 460, p. 596.

même temps que les futurs époux, et qui a même décidé que l'institution serait présumée faite en leur faveur lorsque leur exclusion n'aurait point été formellement exprimée dans le contrat.

Donc, l'institué est mort avant l'instituant, mais il laisse des enfants, qui, eux, survivent à celui-ci. Nous savons que les seuls enfants à considérer sont ceux qui sont nés de l'union en vue de laquelle a été faite l'institution. Ces enfants, disons-nous, bénéficient de l'institution à défaut de leur père, qui n'existait plus au moment où elle s'est ouverte.

Controverse sur la nature du droit des enfants. — Il est très intéressant, au point de vue pratique comme au point de vue scientifique, d'étudier quelle est la nature du droit en vertu duquel l'enfant de l'institué vient ainsi à l'institution.

Un premier point d'acquis, c'est qu'il ne tient pas ce droit de son père. Comment celui-ci eût-il pu lui transmettre un droit qu'il n'avait pas lui-même? C'était un droit conditionnel et la condition, c'est-à-dire le prédécès de l'instituant, est défaillie.

Disons-nous que l'enfant tient ce droit par représentation? Certains auteurs l'ont soutenu; leur opinion peut se défendre car il s'agit d'un droit héréditaire qui passe d'un degré défaillant à un degré subséquent et les effets, dans les deux cas, sont bien voisins, sinon identiques. D'ailleurs, nous verrons qu'au cas où les enfants de l'institué sont eux-mêmes décédés, on appelle ses petits-enfants pour prendre la place de leurs père et mère.

Cette opinion, cependant, est combattue. On a dit de l'enfant : « Il ne vient pas non plus par l'effet de la représentation » parce que la représentation est une fiction de la loi établie « pour les successions *ab intestat* et que les fictions ne s'étendent pas »¹.

D'autres auteurs disent que les enfants de l'institué vien-

1. COIN-DELISLE, n° 40, p. 564. — Même opinion, BONNET, n° 371, p. 109. — LAURENT, n° 202, p. 244.

nent à l'institution en vertu d'une substitution vulgaire tacite, tacite par opposition avec la substitution vulgaire proprement dite, qui ne peut s'adresser qu'à un enfant au moins conçu à l'époque de la disposition¹. Ils se fondent sur ce que l'instituant n'a pas voulu avantager les époux seulement, mais encore les enfants qu'ils peuvent avoir; sur ce que l'époux de l'institué — s'il n'y a pas institution conjointe — a compté que ses enfants en profiteraient, au cas de prédécès de celui de leur auteur qui est gratifié directement.

Leur opinion est également combattue; certains autres prétendent que d'envisager la vocation des enfants comme résultant d'une substitution vulgaire tacite entraîne des conséquences qu'ils n'admettent pas (voir plus loin)².

Droit « jure suo ». — Mais, quelle que soit l'origine d'où ils le font découler, tous les auteurs, appuyés par la jurisprudence, proclament que le droit de l'enfant de l'institué est un droit propre, qu'il vient à la succession en vertu d'un droit *jure proprio*³. Cela est évident, car nous avons vu qu'il ne peut le tenir de son père, mort avant l'instituant.

Une première conséquence de ce droit *jure proprio*, c'est que si l'enfant a renoncé à la succession de son père décédé, il peut parfaitement venir à la succession de l'instituant : le bénéfice ne faisait nullement partie de la succession du père⁴.

Une autre conséquence, c'est que son droit, identique à celui de ses père et mère institués en première ligne, est irrévocable. Il ne peut en être dépouillé, ni par le donateur, ni par le donataire son père. Le concours des volontés, y compris le sien serait également inopérant, car il constituerait un

1 DURANTON, n° 664, p. 655, il y voit aussi une espèce de représentation, n° 679, p. 680. — *Rép. DALLOZ*, nos 2026, 2029. — GRENIER, n° 418, p. 285. — TROPLONG, n° 2487, p. 660; il parle de substitution virtuelle. — AUBRY et RAU, page 661 et note 29. — MERLIN, § XII, n° 8, p. 292.

2 ANOUILH, p. 404. — BONNET, n° 370, p. 106. — MARCADE, n° 284, p. 206. — COIN-DELISLE, n° 40, p. 564; n° 43, p. 565. — LAURENT, n° 234, p. 275.

3. Voir notamment LAURENT, n° 232, p. 273.

4. Voir RIOM, 15 avr. 1809; *Rép. DALLOZ*, n° 2098.

pacte sur succession future et, d'autre part, un tel arrangement serait contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Ainsi, à supposer que le père de l'enfant, institué, se soit marié deux fois, si l'instituant a réitéré dans le second contrat de mariage dudit père, l'institution qu'il avait faite en faveur du premier, et si, dans cette deuxième institution, il a formellement visé les enfants de ce deuxième mariage, ceux-ci ne pourront nullement venir à l'institution si leur père prédécède le donateur (ils n'en bénéficieront éventuellement que d'une manière indirecte, par le truchement de la succession de leur père, à condition que celui-ci survive à l'instituant). Ainsi encore, une donation entre vifs faite à l'institué, dont l'objet serait prélevé sur les biens compris dans l'institution, serait nulle vis-à-vis de ses enfants, s'il précédait le donateur.

Comme les enfants ne peuvent être institués que pour égale portion, toute clause du contrat qui tendrait à rendre ces portions différentes, serait de nul effet.

Une autre conséquence doit se déduire du droit *jure suo* de l'enfant de l'institué. Nous venons de voir qu'il vient à la succession de l'instituant au cas où son père, mort avant le donateur, n'est plus là pour tenir sa place. Mais si, étant là, il renonce à la succession de l'instituant? Le fils, qui a été institué en même temps, et subsidiairement, pourra-t-il revendiquer le bénéfice de l'institution en vertu du raisonnement qui consiste à dire que, puisqu'il est institué subsidiairement à son père, lorsque celui-ci ne peut ou ne veut profiter de la donation, il vient automatiquement prendre sa place? Ou bien lui refusera-t-on ce droit parce que, pouvant venir à l'institution, en refusant de le faire son père a opté une bonne fois pour toutes puisqu'il a renoncé, qu'il a exercé son droit? Dirait-on que son fils ne peut prétendre à un droit qui a déjà rempli sa fonction?

C'est sur ce point que se séparent les auteurs qui font dériver le droit de l'enfant d'une substitution vulgaire tacite, de ceux qui, au contraire, prétendent qu'il n'y a point de substitution vulgaire.

Les premiers, qui sont moins nombreux¹ sont certainement logiques avec eux-mêmes, car ils font aller jusqu'au bout les conséquences de leur opinion. S'il y a substitution vulgaire, en effet, l'enfant de l'institué viendra à l'institution chaque fois que son père n'y viendra pas, à savoir, et là-dessus tout le monde est d'accord, lorsque son père, étant mort avant l'instituant, ne peut opter d'une façon ni d'une autre, mais encore lorsque, ayant survécu au donateur, il renonce à son bénéfice. La place n'étant pas prise par le gratifié principal, elle est immédiatement occupée par le substitué. Certes, l'article 1082 n'envisage que le cas de survie du donateur, lorsqu'il admet le droit des enfants de l'institué. Mais les auteurs dont nous parlons affirment que, *ex mente legis*, tous les cas où l'institué ne vient pas à la succession de son donateur doivent être envisagés, car « on a vu souvent la loi se « préoccuper seulement de l'hypothèse qui fait ordinairement « défaillir le droit d'une personne sans songer à d'autres cir- « constances plus rares » (COLMET DE SANTERRE). N'en est-il pas ainsi, disent-ils dans les articles 750, 753, 759, 766? Et ils se fondent aussi sur l'article 1089, qui est celui dont se servent également leurs adversaires à l'appui de leur opinion².

Ceux-ci n'admettent pas qu'il y ait substitution vulgaire tacite, justement parce que, d'après eux, le fils de l'institué ne peut venir à l'institution à la place de son père renonçant. La nature de notre institution étant exceptionnelle, il faut interpréter restrictivement les textes (MARCADE n° 284, p. 206) et comme l'article 1082 n'a prévu la venue des enfants à l'institution, à défaut de leurs parents, qu'en cas de prédécès de ceux-ci, il en résulte que c'est le seul cas à envisager³.

Nous pensons que les enfants doivent venir à l'institution

1. POUJOL, n° II, p. 498. — COLMET DE SANTERRE, n° 255 bis, V, p. 485. — MOURLON, n° 984 bis, p. 530. — AUBRY et RAU, p. 661, note 29.

2. V. AUBRY et RAU, note 29, p. 662, déjà citée.

3. COIN-DELISLE, n° 43, p. 565. — Comp. BONNET, n° 370, p. 106 à 108. — ANOUILH, p. 404. — DEMOLOMBE, 327, p. 353. — LAURENT, n° 234, p. 275.

malgré la renonciation de leurs parents. En effet, qu'ils aient été institués en termes formels, ou qu'ils l'aient été par présomption légale, ils ont un droit *jure proprio*, irrévocable avons-nous dit. Ce droit ne peut pas être à la merci de la plus ou moins bonne volonté de leurs parents. Pouvons-nous dire que ceux-ci auront la possibilité de priver leurs enfants, par leur seul bon plaisir, d'un patrimoine important peut-être? Ne perdons pas de vue, en effet, qu'une fois le patrimoine de l'instituant entré dans celui de l'institué, les enfants de celui-ci l'y retrouvent en tant qu'héritiers de leur père, et celui-ci ne peut en disposer à titre gratuit que dans les limites de la quotité disponible relative à son patrimoine. En refusant le bénéfice de l'institution, il prive ainsi ses enfants d'un droit éventuel qu'ils possèdent en leur qualité d'héritier de leur père, sur les biens qui composent l'émolument de l'institution. Nous ne croyons point que la loi ait voulu cela. Elle a, croyons-nous, comme les auteurs que nous avons cités, envisagé le cas le plus fréquent, où l'institué ne viendrait pas à l'institution : celui où il serait mort avant son donateur. Il ne lui a pas paru nécessaire de citer d'une façon expresse le cas, qui semble invraisemblable, où l'institué renoncerait alors que l'émolument est appréciable, d'autant plus qu'ayant le bénéfice d'inventaire, il est garanti contre un appauvrissement qui pourrait résulter du fait de son acceptation. Il est donc à présumer qu'une renonciation de sa part sera faite en fraude de la loi. Il pourra être poussé à agir ainsi, soit pour châtier pécuniairement sa descendance plus que cela ne lui est permis, soit pour éluder ses obligations vis-à-vis de créanciers. Nous estimons justement que dans ce dernier cas lesdits créanciers seraient fondés à accepter l'institution à la place de l'institué.

Indignité de l'Institué direct. — Quelques auteurs, et notamment DURANTON¹, ont poussé si loin les conséquences de leur conception de la nature du droit des enfants de l'institué,

1. DURANTON, n° 702, p. 702. Comp. MARCADÉ, n° 284, p. 206 et DEMO-
LOMBE, n° 330, pp. 356 et 357.

qu'ils ont été jusqu'à dire que, par assimilation avec ce qui se passe dans les successions, dans le cas où l'institué serait indigne à succéder, ses enfants pourraient exercer leur droit. Cette opinion a été l'objet de réfutations copieuses, que nous n'indiquerons que pour mémoire car elles n'ont guère de portée pratique : la vocation successorale de l'institué prenant sa source dans une donation, l'indignité qu'il peut présenter se résoud en une manifestation d'ingratitude et nous avons vu (*suprà*, pp. 129 et 130) que l'ingratitude ne peut pas être une cause de révocation de l'institution contractuelle.

Règles des partages de succession. — Quelle que soit la nature de la vocation des enfants, il est certain que l'émolument de l'institution, au cas où ils y viennent à défaut de leurs parents, leur est attribué suivant les règles des partages de succession. Quel qu'ait été le moyen d'acquérir une succession, et ici ce moyen est contractuel, une fois celle-ci acquise, aucun texte ne permet d'agir différemment suivant la nature du titre de l'héritier.

Par conséquent :

Si, à la mort de l'instituant, l'institué direct étant prédécédé ou renonçant, un ou plusieurs de ses enfants sont eux-mêmes défunts sans descendance, ils doivent être considérés, en ce qui concerne l'institution, comme n'ayant jamais existé car ils n'y ont jamais eu aucun droit avant la mort de l'instituant.

Mais si ces enfants, prédécédés, laissent des descendants, ceux-ci viendront, par représentation, à l'institution. Comme on se trouve au delà du premier degré de descendance de l'institué direct, le partage se fera par souche, et suivra toutes les règles de ce mode de partage : ainsi, tous les enfants de l'institué étant décédés au moment de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire le premier degré ayant disparu, le partage se fera par souche à partir de ce premier degré. C'est l'opinion unanime, et certains auteurs ne laissent point que d'être en contradiction avec eux-mêmes en adoptant cette opinion; quelques-uns même l'ont remarqué, qui ont expliqué cette con-

clusion inattendue chez eux par des considérations étrangères : volonté présumée de l'instituant, tradition, etc...

Jurisprudence. — Les notions qui précèdent ont été consacrées par quelques arrêts. Ainsi, le droit *jure proprio* des enfants de l'institué, ressort nettement de :

RIOM 2 janv. 1821; S. chr. t. 6-2-344;

RIOM 4 mars 1822; S. chr. t. 7-2-34.

(ce dernier arrêt avait trait à une institution faite en 1779 et régie par la Coutume d'Auvergne.)

De ce droit *jure suo*, le premier arrêt a déduit qu'un partage anticipé des biens de l'instituant entre deux héritiers institués était révoqué par le décès de l'un d'eux avant l'instituant. Le second a annulé une donation entre vifs faite postérieurement à l'institution par l'instituant à l'institué, en ce sens que celui-ci ne peut s'en prévaloir pour distribuer inégalement entre ses enfants, les biens compris d'abord dans l'institution.

La notion de substitution vulgaire tacite apparaît dans :

METZ 7 juill. 1824; S. chr. t. 7-2-400; Rép. DALLOZ n° 2026;

et aussi dans :

TOULOUSE 3 juin 1825; S. 26-2-148.

Le premier n'a pas reconnu les héritiers de l'instituant, recevables à contester aux descendants de l'institué prédécédé, le bénéfice de l'institution faite au profit de ce dernier, lors même que son prédécès aurait rendu inefficace une clause de l'acte portant qu'il devait donner ses soins à l'instituant, surtout si ce dernier n'avait pas invoqué de son vivant l'inexécution de cette clause.

Le second est une application de l'irrévocabilité de l'institution vis-à-vis des enfants de l'institué : il n'a pas reconnu à l'instituant survivant, le droit d'élire un de ces enfants, pour lui attribuer au préjudice des autres, et à titre de préciput, une portion des biens compris dans l'institution.

Enfin, l'arrêt de NIMES ci-après est des plus intéressants :

NIMES 5 juill. 1826; S. chr. t. 8-2-253.

Il avait été fait par un père, au profit de son fils, une donation cumulative de biens présents et à venir. Le fils prédécéda, en léguant à son père ses biens présents. Mais du mariage en faveur duquel il avait été institué, le fils laissait une descendance, qui existait encore lorsque mourut son père. Ces descendants devaient donc venir à l'institution, le moment venu, et ils avaient vocation tant aux biens propres du père qu'à ceux des biens que lui avait légués son fils car ces biens, une fois entrés dans le patrimoine du père, faisaient partie de la catégorie des « biens à venir » qu'il avait donnés à son fils. Les petits-enfants attaquèrent pour atteinte à l'irrévocabilité de l'institution, les dispositions à titre gratuit faites par le grand-père sur les biens venus de son fils et il leur fut donné raison.

Question de l'accroissement. — Lors de l'étude des personnes qui peuvent être gratifiées par voie d'institution contractuelle, nous avons réservé celle de l'accroissement éventuel pour le moment où nous étudierions les effets de cette institution (*suprà* p. 78). Reprenons-la maintenant.

L'accroissement est visé dans notre Code Civil par le premier alinéa de l'article 1044 :

« Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement. »

Pouvons-nous, par analogie avec ce qui se passe en matière de legs, dire qu'il y a accroissement au profit d'un institué lorsqu'un autre, avec qui il a été institué conjointement, ne vient pas à la succession?

Avant de répondre il est bon de faire remarquer qu'il n'y a d'institution conjointe que lorsqu'elle est faite aux deux époux, soit que la conjonction ait été formellement exprimée, soit qu'elle ne l'ait pas été, auquel cas, avons-nous dit, elle doit être présumée si l'instituant ne l'a pas écartée. En effet, la situation qu'a envisagée MERLIN (§ X, n° VI, p. 283) de deux enfants institués par leur père dans un même contrat de mariage, préalable à leur union respective, ne fait nullement des institués conjoints. Tous deux acquièrent le titre d'ins-

titué contractuel, pour la part qui leur est faite, mais, qu'ils l'acquièrent par une même formule d'un seul contrat, ou par deux contrats différents, on ne peut pas dire qu'il y ait conjonction entre leurs titres, mais seulement similitude.

Donc, les deux époux ayant été institués conjointement, y aura-t-il accroissement au profit du survivant, s'il arrive que l'autre a prédécédé l'instituant?

Il y a une distinction préalable à faire. Lorsque, en effet, l'époux prédécédé laisse des enfants de l'union par le contrat de laquelle il a été institué, ceux-ci viennent à la succession du donateur, en vertu de leur droit propre. Il ne peut être question d'accroissement pour l'époux institué conjointement, puisque la part qui fût revenue à celui qui est décédé appartient d'abord à ses enfants (qui sont les enfants communs) institués, eux aussi, à défaut de leur auteur, mais de préférence à l'époux donataire conjoint ¹.

La question ne se peut donc poser que s'il n'y a point, à la mort de l'instituant, de descendance vivante des institués.

LAURENT et COIN-DELISLE ² ne rejettent pas l'accroissement dans tous les cas, mais ils exigent qu'il ait été prévu et accordé par l'instituant; l'article 1044 ne vise que les colégataires, nullement les codonataires, et l'institution se divise entre ses deux bénéficiaires comme se diviserait une donation entre vifs proprement dite. COIN-DELISLE ajoute que l'institution contractuelle est un contrat dont les stipulations s'interprètent toujours contre le stipulant c'est-à-dire le donataire.

Par contre, tous les autres auteurs ou presque, admettent l'accroissement, bien qu'il n'ait pas été prévu d'une manière expresse, et nous adoptons leur opinion sous réserve. L'institution contractuelle en effet, est permise en faveur du mariage. S'il n'était pas incorrect de parler ainsi, on pourrait dire que la donation est faite à l'entité qui s'appelle l'union des époux, aux fruits qui en proviendront. Ceux-ci n'existant

1. En sens contraire AUBRY et RAU, p. 685, texte et note 88. — Voir DEMOLOMBE, n° 326, p. 352.

2. LAURENT, n° 229, p. 270. — COIN-DELISLE, n° 23, p. 561.

pas, le bénéfice de l'institution contractuelle va à l'union des époux, à eux deux s'ils survivent tous deux, ou au seul d'entre eux qui survive.

C'est dire que nous nous fondons sur l'intention présumée du donateur et qu'il n'y aurait pas accroissement si celui-ci avait été exclu formellement.

SECTION V

CADUCITE DE L'INSTITUTION

Prédécès des institués. — Nous n'avons pas épuisé tous les cas qui peuvent se présenter à l'ouverture de l'institution. Celle-ci, qui est faite en faveur des époux, et subsidiairement, de leurs enfants, présuppose la survivance des donataires au donateur, et c'est ce qui arrive le plus souvent car les institutions contractuelles sont plutôt faites par des gens âgés en faveur de jeunes personnes qui entrent dans la vie. Mais il n'en faut pas moins prévoir le cas, si rare et si improbable puisse-t-il être, où, ni les époux gratifiés, ni les enfants qu'ils ont eus, ne survivent à l'instituant, n'existent plus à l'ouverture de l'institution. Lorsqu'il en est ainsi, celle-ci est caduque.

La situation envisagée fait l'objet de l'article 1089 :

« Les donations faites à l'un des époux, dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. »

Cet article appelle quelques observations.

En premier lieu, quand il dit : « L'époux donataire », il envisage certainement aussi le cas où les deux époux auront été institués soit séparément, soit conjointement. A ce point de vue, il est donc trop spécial.

En second lieu, il est trop général lorsqu'il parle de la postérité. Ce n'est pas la postérité quelconque des institués, qui fait obstacle à la caducité de l'institution lorsque les institués ont prédécédé l'instituant; c'est la postérité issue du mariage en faveur duquel l'institution a été faite. La généralité

de cet article est combattue par la spécialité de l'article 1082 : l'institution peut être faite au profit des époux, et des enfants « à naître de leur mariage ».

C'est l'opinion unanime¹ des auteurs. Ce fut aussi celle de :

BOURGES 19 déc. 1821; S. 22-2-110.

Dans cet arrêt, nous relèverons une inexactitude. Il prétend en effet que la règle souffrirait exception, au cas où l'instituant serait un ascendant de l'institué; dans ce cas, dit-il, les descendants de l'institué, de quelque mère qu'ils naissent, sont toujours l'objet de son affection. Nous ne saurions souscrire à cette façon de voir : les règles de l'institution contractuelle sont absolument indépendantes de la personnalité du donateur, des rapports qu'il peut avoir avec le gratifié; l'art. 1082 n'a établi aucune différence entre les divers instituteurs possibles.

Par conséquent, si les époux institués meurent sans enfants issus de leur union, avant le donateur; si ces enfants meurent eux-mêmes dans les mêmes conditions, l'institution est caduque. Un enfant naturel de l'un des deux époux, ou un enfant naturel commun, non légitimé par le mariage, un enfant adopté par tous deux, un enfant de l'un d'eux seulement, issu d'une autre union que celle envisagée, ne pourront prétendre venir à la succession de l'instituant en faisant état du titre de leur auteur. Il se peut qu'ils puissent invoquer des droits successoraux fondés sur la parenté de leur auteur avec l'instituant, mais ce seront des droits successoraux *ab intestat*, nullement contractuels, et ils n'entrent pas dans le cadre de cette étude.

Une troisième observation est à faire sur l'article 1089 : la postérité issue du mariage des institués, ou de l'institué, ne fera obstacle à la caducité prévue que si elle n'a pas été exclue du bénéfice de l'institution. Nous savons que pour avoir lieu, cette exclusion doit être formellement exprimée.

Enfin, il semblerait, à la lecture de cet article, que ce fût

1. GRENIER qui, dans la première édition de son traité, avait affirmé que la postérité quelconque de l'institué empêchait la caducité, est revenu sur son sentiment; n° 421, p. 297.

la survivance du donateur qu'il faudrait prouver, et que cette preuve par conséquent, fût à la charge de ceux qui, à défaut des institués, viendraient à la succession de l'instituant pour les biens qui font partie de l'institution. Il est donc bon de rétablir les choses. « C'est à celui qui réclame l'exercice d'un droit de prouver que ce droit existe, et non pas à son adversaire de prouver qu'il n'existe pas ¹. »

En application de ce principe, il ne pourra jamais être fait usage des présomptions d'antériorité de décès prévues aux articles 720 à 722; ceux qui voudront se prévaloir de l'institution, devront prouver la survivance de l'institué ou de sa postérité

Question de l'absence. — Le principe reçoit une autre application, très importante, en cas d'absence, soit du donateur, soit du gratifié.

Si, au décès de l'instituant, l'institué et sa postérité ont disparu sans laisser de nouvelles, leurs héritiers ne pourront pas, qu'ils aient fait déclarer l'absence ou non, revendiquer, en leur qualité de successeurs de l'institué, les biens qui eussent dû lui revenir en vertu de l'institution. Les héritiers de l'instituant sont, en effet, fondés à leur demander la preuve de la survivance dudit institué, la preuve de la non-caducité de l'institution (art. 135).

Si, au contraire, c'est l'instituant qui a disparu sans donner de ses nouvelles, le donataire ou ses descendants ne pourront revendiquer le bénéfice de l'institution qu'après le jugement de déclaration d'absence et d'envoi en possession; on sait que cette déclaration d'absence fait considérer la succession de l'absent comme ouverte au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles; c'est donc à ce moment qu'il faut rechercher si le donataire ou les descendants issus de son mariage existaient. Il va de soi que l'institué ou ses enfants, ou leurs héritiers quelconques, peuvent poursuivre la déclaration d'absence; ils sont « parties intéressées » aux termes de l'article 115. En un mot, nous sommes en matière successorale

1. MARCADE, n° 317, p. 224.

et il y a lieu d'appliquer à l'institution toutes les règles applicables aux successions en cas d'absence; le point sur lequel nous insistons est la nécessité de prouver la survie des ayants-droit à l'institution, au moment de la mort de l'instituant ou de sa disparition.

La déclaration d'absence ne peut d'ailleurs jamais équivaloir à la preuve du décès de l'instituant. Nous avons relevé sur ce point un arrêt de la Cour de Cassation du 23 janv. 1865¹ qui est très intéressant bien qu'il n'y soit question ni de l'absence du donateur, ni de l'absence de l'institué.

Une personne en avait institué une autre, mais à condition qu'à sa mort, elle ne laissât ni enfant ni descendant vivant. Il se trouva qu'à la mort de l'instituante sa descendance était en état d'absence déclarée; l'instituante avait même été envoyée en possession des biens. L'institué ne pouvait exciper de son institution qu'en rapportant la preuve de la mort des membres de ladite descendance, ce qu'il ne put faire. Sa demande ne fut donc pas accueillie, pas même celle de prendre sur la succession de l'instituante, des mesures conservatoires, en l'espèce une hypothèque, comme le peuvent faire des créanciers conditionnels en vertu de l'art. 1180; et il dut donner mainlevée de l'inscription qu'il avait prise. En effet, conditionnel jusqu'au décès de l'instituant, le droit de l'institué, lors de cet événement, ou existait, ou n'existait pas car, à ce moment, la condition était réalisée ou elle était défaillie. Pour qu'elle fût réalisée, il eût fallu que l'institué apportât la preuve du prédécès de la descendance de l'instituante. Ne pouvant le faire son droit tombait.

« Attendu que pour puiser un droit quelconque dans les donations de 1823 et de 1834, il incombe aux demandeurs de prouver : 1° Que les enfants ou descendants de la dame Poupardin sont décédés; 2° Que leur décès a précédé celui de leur mère arrivé en 1852.

« Attendu, en droit, que les diverses mesures prescrites par la loi au cas d'absence sont fondées sur la présomption, de

1. Civ. rej., 23 janv. 1865; D.P. 65-1-13; S. 65-1-69.

plus en plus décroissante, de la vie de l'absent; mais qu'à aucune époque, elles ne peuvent équivaloir à la preuve acquise de son décès; que tout est subordonné à son retour possible, à la preuve établie de sa vie ou de son décès; que dans l'état d'incertitude de l'existence ou de la non-existence de l'absent, on ne peut ni déclarer sa mort, ni surtout en fixer l'époque avant celle de telle autre personne. Qué si, par rapport aux envoyés en possession provisoire ou définitive des biens de l'absent, l'époque présumée de son décès doit être fixée au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, cette présomption ne peut s'étendre aux droits que des tiers, étrangers à l'absent et à ses biens, auraient à faire valoir contre des étrangers qui auraient stipulé le prédécès de l'absent comme condition d'un contrat ou d'une libéralité. »

Non-célébration du mariage. — Nous rappellerons, en passant, que la caducité de l'institution a également lieu lorsque le mariage en vue duquel elle a été faite ne se célèbre pas, ou lorsqu'il vient à être annulé. Nous avons vu cela précédemment, avant qu'il fût question des effets de l'institution contractuelle (*suprà* pp. 28 et suiv.).

Renonciation de tous les institués. — Nous dirons aussi que la renonciation de tous les intéressés à leur bénéfice, rend l'institution également caduque. Il s'agit évidemment d'une renonciation pure et simple, et non d'une renonciation au profit de telle ou telle personne; ceci serait une cession, par conséquent une acceptation tacite.

Effets de la caducité. — Il nous reste à voir maintenant quels sont les effets de la caducité de l'institution contractuelle.

On sait en quoi consiste la caducité. « Une disposition est « caduque lorsqu'on ne la recueille pas. Il ne faut pas la con-
« fondre avec celle qui, après avoir été recueillie, est enlevée
« au bénéficiaire par un droit de résolution ou par un droit de
« retour. » (TROPLONG n° 2496, p. 665). Les biens qui, sans la caducité de l'institution, fussent allés dans le patrimoine de

l'institué, n'en ont jamais fait partie. Il n'a jamais eu le moindre droit sur eux, pas même s'ils lui ont été remis par anticipation, en vertu d'une sorte d'avancement d'hoirie. Par conséquent, ni les créanciers de l'institué, ni sa femme ne peuvent revendiquer un droit quelconque sur ces biens parce que ce droit, n'ayant pas appartenu à l'institué, n'a pu être transmis. C'est en vain que la femme prétendrait en vertu de l'art. 952, exercer sur eux son hypothèque légale pour ses reprises matrimoniales (cette prétention risquerait surtout d'être émise au cas où l'institué aurait été mis en possession des biens par anticipation). L'opinion est quasi-unanime et les rares auteurs qui ont penché pour l'hypothèque légale de la femme se sont évidemment trompés.

Sort des libéralités postérieures à l'institution devenue caduque. — Il reste un autre point à éclaircir, bien que nous ne comprenions guère que des difficultés aient pu surgir.

Lorsque l'institution est caduque, elle doit être considérée comme n'ayant jamais été faite. Les biens qu'elle comportait ne retournent pas au patrimoine du donateur : ils n'en étaient jamais sortis; ils y restent. Toutes les dispositions qu'a pu faire l'instituant sur ces biens, et qui se fussent trouvées inconciliables avec l'institution contractuelle, sont bonnes et valables.

Par conséquent, si l'instituant a donné postérieurement à l'institution tout ou partie des biens compris dans celle-ci, sa donation est valable, de même que le legs qu'il a pu en faire; il est seulement limité, dans ses dispositions, par la quotité disponible que n'écorne plus l'institution.

Il en est ainsi, que la caducité de l'institution soit due au prédécès de l'institué et de sa postérité issue du mariage, ou qu'elle soit due à la renonciation des bénéficiaires. On a prétendu que dans ce dernier cas, il y aurait lieu d'appliquer l'article 786 : « La part du renonçant accroît à ses cohéritiers; s'il « est seul, elle est dévolue au degré subséquent », et que les seuls héritiers *ab intestat* de l'instituant devraient profiter des biens dont les institués n'ont pas voulu. Il est évident qu'il n'en peut être ainsi. Quel est le cohéritier de l'institué? Le

codonataire, et c'est tout. Comme, par hypothèse, il renonce lui aussi au bénéfice, ce n'est pas vers lui que va l'accroissement. Quant aux héritiers *ab intestat*, ils ne sont pas cohéritiers de l'institué car leurs titres respectifs n'ont pas la même origine; les uns puisent leur droit dans la loi; les autres le puisent dans un contrat. Nous devons d'ailleurs dire que si l'instituant a fait plusieurs institutions contractuelles, les autres institués ne sont pas plus des cohéritiers du renonçant, que les héritiers *ab intestat*. Ils ont un droit dérivant d'un titre de même nature mais non du même titre (voir *suprà* pp. 205 et 206 ¹).

Rappelons, pour terminer, qu'une institution contractuelle, même caduque, révoque un testament antérieur (arg. art. 1037) incompatible avec elle.

SECTION VI

DIFFERENCES ENTRE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE ET LA DONATION ENTRE VIFS PROPREMENT DITE

L'institution contractuelle, bien que de nature amphibie, est une donation entre vifs, mais une donation entre vifs d'un genre particulier, qui diffère sur un nombre assez considérable de points, de la donation entre vifs ordinaire. Nous avons déjà dû marquer quelques-unes de ces différences au cours des développements antérieurs, mais nous croyons qu'il n'est pas inutile de les grouper en un chapitre distinct.

Solennité. — Elles diffèrent par la nature de leur solennité. La donation entre vifs proprement dite doit être faite devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins instrumentaires. L'institution contractuelle ne doit être faite que

1. Comp. TOULOUSE, 15 avr. 1842; S. 42-2-385; Req., 20 déc. 1843; S. 44-1-214; BORDEAUX, 5 fév. 1844; S. 44-2-345; AGEN, 22 avr. 1844; S. 44-2-391; RIOM, 6 mai 1846; S. 46-2-397; Req. 29 nov. 1858; S. 59-1-573.

devant un seul notaire, mais en revanche, elle ne peut être faite que par contrat de mariage ¹.

Objet. — Elles diffèrent par leur objet. La donation entre vifs proprement dite a pour objet des biens actuellement existants, des biens dont le donateur est actuellement propriétaire, et dont il n'est plus propriétaire, aussitôt la donation parfaite. L'institution contractuelle est la donation entre vifs d'une succession, de biens qui appartiendront au donateur au moment de son décès. Ces biens peuvent sans doute lui appartenir au moment du contrat, mais cela n'est que l'effet d'un concours de circonstances. Les biens qui font l'objet de l'institution ne sont que ceux qui feront partie du patrimoine de l'instituant à l'ouverture de sa succession. L'institution contrevient à l'article 943 du Code Civil qui interdit justement de donner entre vifs, les biens à venir.

Capacité. — Elles diffèrent encore au point de vue de la capacité de recevoir. « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation » (article 906). L'institution contractuelle peut être faite, et, lorsqu'ils n'en sont pas exclus formellement, elle est présumée faite, aux enfants à naître du mariage des époux gratifiés directement. Or ils ne sont point encore conçus au moment du contrat de mariage.

Acceptation. — Dans la donation entre vifs, il est une formalité essentielle, une solennité en quelque sorte, absolument requise. C'est l'acceptation du donataire. Il faut qu'en termes exprès, la mention de cette acceptation figure au contrat. Notre institution contractuelle implique, comme tout contrat, le consentement mutuel des parties, en l'occurrence, de l'instituant, qui donne, et de l'institué, qui reçoit. Si, dans le contrat de mariage de ce dernier, auquel il figure personnelle-

1. Nous n'envisageons pas ici la donation entre époux pendant le mariage, à laquelle on donne aussi le nom d'institution contractuelle.

ment, ou il est dûment représenté, figure une institution contractuelle à son bénéfice, c'est qu'il l'accepte. Nous croyons que c'est l'évidence même et que tous les raisonnements tendant à prouver son acceptation sont superflus. Ainsi, nous ne suivrons point TROPLONG (n° 2469, p. 642) qui dit : « La raison en est que les deux conjoints, en accomplissant le mariage, acceptent suffisamment toutes les clauses du contrat ». Le mariage, qui est lui-même un contrat, nécessairement postérieur au contrat de mariage, n'a rien à voir avec les clauses de celui-ci.

Il est une des conditions les plus importantes de validité du premier, pris dans son intégralité, et c'est tout. Lorsque l'article 1087 dit que « les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles, « sous prétexte de défaut d'acceptation » il vise uniquement la mention, l'expression de cette acceptation dans le contrat. Cette acceptation n'en existe pas moins, comme dans la donation entre vifs, mais elle a ceci de particulier, c'est qu'il n'est point nécessaire de dire que l'institué accepte. D'ailleurs, l'article 1087 vise certainement plus les donations de biens présents par contrat de mariage, qui figurent à l'article 1081, que notre institution contractuelle. En effet, si l'article 1087 ne l'avait dit formellement, on aurait pu, en se fondant sur les termes de l'article 1081, qui soumet la donation par contrat de mariage aux règles générales prescrites pour les donations entre vifs, exiger pour une telle donation, la mention expresse de l'acceptation.

Nous remarquerons encore que la donation entre vifs proprement dite peut être faite en deux temps, sinon en trois. Le donateur fait, en la forme requise, donation des biens qu'il entend donner : premier stade; il n'est point nécessaire que le donataire figure au contrat; mieux : celui-ci peut très bien ignorer, au moment précis où la donation se fait, qu'il est le sujet de cette libéralité. Quand il l'apprend, deuxième stade, il accepte dans les formes requises. A ce moment-là seulement le contrat est parfait; il y a réellement consentement des deux parties. La notification de l'acceptation qu'exige

la loi, n'est qu'une formalité supplémentaire, rigoureusement nécessaire, c'est entendu, mais que la loi aurait pu ne pas édicter : il n'en fût résulté que l'éventualité d'inconvénients d'ordre pratique mais nullement une lacune au point de vue strictement juridique.

Au contrat de mariage, toutes les parties figurent. L'offre d'institution contractuelle et l'acceptation sont nécessairement concomitantes, de même que la notification de celle-ci — à supposer qu'elle soit nécessaire —. Il eût été abusif de subordonner une telle institution, qui a été faite par faveur de mariage, qui comporte déjà des exceptions aux principes généraux bien plus graves que cette petite formalité, il eût été abusif de subordonner une telle institution à un formalisme désuet, à la mention, en termes précis, d'un consentement évident.

Et cela avait déjà été compris dans l'Ancien Droit, qui n'exigeait pas plus que le moderne, l'acceptation expresse : (BOUCHEUL, ch. 27, n° 30, p. 478) ¹.

En résumé, la donation entre vifs exige, pour être valable, la mention expresse de l'acceptation du donataire et l'institution contractuelle n'exige point la mention expresse de l'acceptation de l'institué.

« **Donner et retenir ne vaut** ». — Une autre différence, très sensible, entre les deux espèces de libéralités que nous mettons en parallèle dans cette section, est l'exception que comporte notre institution contractuelle à la vieille règle : « Donner et retenir ne vaut ».

Celle-ci est contenue dans les articles 944 à 946. Ce dernier notamment dit : « En cas que le donateur se soit réservé la « liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou « d'une somme fixe sur les biens donnés, s'il meurt sans en « avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux « héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipula-
« tions à ce contraires. »

1. Voir aussi : *Ordonnance de 1731*, art. 10.

Cet article se passe de commentaires comme aussi cette partie finale de l'article 1086, qui a trait aux donations par contrat de mariage et notamment aux institutions contractuelles : « Et en cas que le donateur, par contrat de mariage, « se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans « la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à « prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt « sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation et appartiendront au donataire ou à ses héritiers ». Cette dernière expression, cependant, demande à être interprétée. Les héritiers visés ne sont nullement les héritiers quelconques du donataire, nous voulons dire de l'institué¹. Ce sont uniquement ses enfants et descendants, comme le dit l'article 1082, non pas ses enfants et descendants quelconques, mais uniquement ceux qui sont issus du mariage en faveur duquel l'institution contractuelle a été faite. L'article 1089 limite aussi les héritiers dont il est question à l'article 1086. Il dit « la postérité » et il n'est d'ailleurs pas complet non plus, comme nous l'avons expliqué (suprà, chap. VIII; section V); il faut le compléter ainsi : « La postérité issue du mariage au contrat « duquel a été faite l'institution ».

Par ailleurs, il s'agit de bien comprendre que la réserve faite par l'instituant doit être celle de la *faculté de disposer* des biens qui en font l'objet. Si ce sont les biens eux-mêmes qui font l'objet de la réserve, ils sont exclus de la donation, de l'émolument de l'institution contractuelle, et quelle que soit la détermination ultérieure de l'instituant à leur sujet, elle ne pourra intéresser l'institué ou sa descendance. Cette matière peut être sujette à interprétation de la part des juges, lorsque les termes employés par l'instituant ne dévoilent pas nettement son intention².

Il nous semble nécessaire, également, de préciser que la réserve de disposer qu'autorise l'article 1086 *in fine*, ne se

1. Il en est autrement en ce qui concerne les donations visées à l'article 1081, mais ceci est en dehors de notre sujet.

2. Voir BORDEAUX, 19 janv. 1827; S. chr., t. VIII-2-315.

borne point, comme pourraient le faire croire les termes mêmes de l'article, à l'une des choses comprises dans l'institution contractuelle. Elle peut s'étendre à la totalité de l'émolument de l'institution; l'instituant peut se réserver d'une façon absolue le droit d'anéantir pour le tout la donation par lui faite ¹.

Il en a été ainsi jugé par PAU 20 juill. 1881; S. 81-2-262.

Un grand-père avait institué son petit-fils de la « quotité disponible la plus étendue de ses biens présents et à venir » mais en stipulant que cette donation serait réductible dans le cas de disposition à titre gratuit faite ou à faire par le donateur par voie testamentaire. Il s'est trouvé que les dispositions que fit ainsi le grand-père anéantissaient complètement son institution. Elles n'en furent pas moins considérées comme valables, étant donné qu'il s'était réservé la faculté de les faire ².

C'est encore donner et retenir que de donner sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur.

En matière de donations entre vifs proprement dites, cette espèce de rétention est interdite par l'article 944.

Quant aux institutions contractuelles, c'est encore l'article 1086 qui les excepte de cette règle. Nous avons vu que cela n'équivaut pas à la condition purement potestative, à la condition *si voluero*, mais à la condition simplement potestative, à celle qui dépend d'un acte ou d'une abstention du donateur, cet acte ou cette abstention dépendant, eux, de la seule volonté de l'instituant.

Enfin, une dernière façon de donner et retenir à la fois consiste à donner à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur. Cette façon de donner sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans

1. BAUDRY-LACANTINERIE, n° 3869, p. 820.

2. Voir aussi AGEN, 21 nov. 1860; D.P. 61-2-34.

l'état qui devrait y être annexé, est interdite en matière de donations entre vifs par l'article 945.

C'est toujours l'article 1086 qui la permet quand il s'agit d'une institution contractuelle ¹.

Nature des droits acquis. — Nous rappellerons aussi que dans la donation entre vifs proprement dite, il y a dessaisissement immédiat du donateur; le donataire acquiert immédiatement des droits réels; il peut disposer des biens donnés comme il l'entend.

L'institué, lui, n'acquiert qu'un droit éventuel sur des biens dont l'instituant ne se dessaisit pas; son droit est incessible, insaisissable, intransmissible. Une conséquence de cette différence, c'est que l'institution est caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité issue du mariage, tandis que la donation entre vifs, une fois parfaite, n'est nullement influencée par le prédécès du donataire. Celui-ci est propriétaire des biens qu'il a reçus; quand il meurt, il les transmet à ses héritiers quelconques, dans l'ordre établi par la loi, ou par lui-même, sans qu'il ait à se soucier de la survivance du donateur, réserve faite évidemment pour l'éventualité d'un droit de retour qui aurait été stipulé par celui-ci.

Une autre conséquence, c'est que l'institué ne peut prendre de mesures conservatoires pour son droit d'hérédité, alors que le donataire entre vifs, s'il n'est pas mis en possession immédiatement des biens donnés, peut parfaitement prendre de telles mesures pour conserver son droit de propriété.

Le donateur ordinaire ne peut plus disposer des biens donnés, à quelque titre que ce soit. L'instituant peut disposer des biens qui font partie de l'institution, pourvu que ce soit à titre onéreux.

Etat estimatif du mobilier. — En ce qui concerne le mobilier, l'état estimatif, requis pour la donation entre vifs par l'article 948, ne l'est pas pour l'institution contractuelle. On

1. Voir DEMOLOMBE, nos 371 à 375, pp. 404 à 406; GRENOBLE, 27 janv. 1809; S. 1811-2-222.

pourrait cependant répliquer que l'article 948, placé après l'article 947 qui dispense de l'application des 4 articles qui le précèdent, les donations par contrat de mariage, s'applique bien, lui, auxdites donations. Ce raisonnement n'aurait guère de valeur. Si l'état estimatif est exigé dans une donation entre vifs de biens présents, c'est parce qu'il détermine ce qui doit revenir au donataire, d'une façon immuable, soit en nature dans l'état où se trouveront les objets mobiliers donnés (article 950), soit en valeur s'ils ne se retrouvent pas. C'est parce que la donation est actuelle, absolument irrévocable. Il n'en est pas de même en matière d'institution contractuelle, puisque le mobilier donné est celui qui existera à l'ouverture de l'institution et non celui qui existe à sa signature. Comment pourrait-on faire un état estimatif de ce qui n'existe pas encore à supposer que le mobilier s'augmente? A quoi servirait-il de le faire s'il diminue, comme cela se peut, par des dispositions à titre onéreux de l'instituant ¹? Certes, l'état estimatif pourrait prévenir les aliénations à titre gratuit, mais là encore il serait inopérant car le donataire pourrait opposer l'article 2279. D'ailleurs, en cette matière exceptionnelle, il faut s'en tenir aux textes. L'état estimatif du mobilier n'ayant pas été prévu, c'est qu'il n'est pas requis. Lorsque la loi a voulu qu'un état fût annexé, elle l'a fait, comme dans l'article 1084 que nous étudierons plus loin.

Transcription. — *Voir section suivante.*

SECTION VII

QUESTION DE LA TRANSCRIPTION

Il reste un point sur lequel, suivant l'opinion que l'on adopte, l'institution contractuelle d'une part et la donation entre vifs d'autre part, diffèrent essentiellement... ou sont assi-

1. Voir COIN-DELISLE, sur art. 948, n° 13, p. 254. — POUJOL, n° 4, p. 510. — Rép. DALLOZ, n° 2222. — DEMOLOMBE, n° 277, p. 304.

milables. Ce point nous a semblé assez important pour que nous lui consacrons une section.

La question est celle-ci : l'institution contractuelle est-elle soumise à la transcription ?

On sait en quoi consiste la transcription, Aux termes de la loi du 23 mars 1865 qui est le texte fondamental,

« Art. 1^{er}. — Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens :

1° Tout acte entre vifs, translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques;

2° ...

De ce texte, il résulte, indubitablement, que la donation entre vifs proprement dite est soumise à la transcription. Cela résulte aussi d'ailleurs de l'article 939 du Code Civil.

En dirons-nous autant de l'institution contractuelle ?

Ancien Droit. = Insinuation. — La question se posait déjà sous l'Ancien Droit, en matière d'insinuation qui est l'ancêtre de notre transcription actuelle, et elle était très discutée. Plusieurs auteurs opinaient pour la nécessité de l'insinuation ¹; d'autres y étaient opposés ²; si bien que l'on ne peut se servir de l'Ancien Droit comme argument pour résoudre la difficulté, et nous comprenons mal comment LAURENT (n° 188) a pu, sur son seul fondement, se rallier à la doctrine et à la jurisprudence de son temps, qui repoussaient la transcription.

Droit actuel. = Arguments pour. — De nos jours, pour affirmer la nécessité de la transcription des institutions contractuelles, on se fonde d'abord sur l'article 947. Celui-ci, comme nous l'avons déjà vu, exclut les donations que nous

1. DUPERRIER, question XVII, p. 185. — BOURJON, n° II, p. 70. — MAYNARD, livre VI, chap. LXVIII, livre II, chap. LIII. — BOUCHEUL, n° 79, p. 503. — DE LAMOIGNON, art. 26, p. 246 et art. 6, p. 254.

2. RICARD, n° 1147, p. 262; il estime qu'elle n'est pas nécessaire, mais il recommande de la pratiquer. — CHABROL, p. 323, art. 26, sect. 15. — LEBRUN, n° 16, p. 21.

études : les institutions contractuelles, de la réglementation des donations entre vifs proprement dites renfermée dans les quatre articles qui le précèdent. On en infère que seuls, ces quatre articles ne visent point l'institution et que tous les autres, notamment l'article 939, doivent lui être appliqués.

Les partisans de la transcription se fondent encore sur l'intérêt des tiers. Non avertis, ceux-ci, disent-ils, peuvent éprouver un préjudice du fait de l'institution qu'ils ignorent.

M. BONNET¹, en plus, assimile l'institution contractuelle à une donation entre vifs ordinaire. En matière de donations, un donataire postérieur, qui fait transcrire, est préférable à un donataire antérieur qui n'a pas transcrit. Que la donation antérieure soit une donation entre vifs proprement dite ou une institution contractuelle, pour M. BONNET, il n'y a aucune différence². Son raisonnement est d'ailleurs assez obscur, et spécieux. Il prétend plus loin³ que la loi du 23 mars 1855 n'a entendu dispenser de la publicité qu'elle organise, que les seuls actes à qui manque le caractère contractuel. Partant de là, il est évident que l'institution contractuelle doit être soumise à la transcription. Reste à voir si les prémisses n'ont pas été énoncées pour les besoins de la conclusion et c'est bien ce qu'il nous semble.

FLANDIN⁴ opine également pour la transcription, bien qu'il soit, à son avis, dangereux d'affronter l'opinion commune. Avec DUVERGIER⁵ il s'appuie sur le caractère prédominant de donation entre vifs que présente l'institution contractuelle.

Arguments contre. — Notre point de vue. — Il faut dire que les partisans de la transcription ne sont guère nombreux. Presque tous les auteurs sont d'avis contraire.

Il est certain que si l'on examine les textes de la loi du

1. BONNET, n° 687, pp. 551 à 556.

2. Comp. FLANDIN, t. II, n° 1365, p. 517.

3. BONNET, n° 689, p. 557.

4. FLANDIN, n° 701, p. 513.

5. DUVERGIER, sur l'art. 1^{er} de la loi du 23 mars 1855 : *Collection des lois*, année 1855, p. 60, note 1.

23 mars 1855 et de l'article 939, on peut difficilement affirmer qu'ils s'appliquent à l'institution contractuelle.

La loi du 23 mars vise les actes entre vifs translatifs de propriété immobilière, ou de droits réels susceptibles d'hypothèques. Si notre institution est bien une donation entre vifs, nous avons vu qu'elle ne transmet aucune propriété à l'institué, celui-ci n'ayant même pas la possibilité de faire des actes conservatoires. Nous avons vu aussi que l'absence de droits réels chez l'institué, se traduit par l'impossibilité de prendre hypothèque; par conséquent, que l'on s'appuie sur l'article 939 ou sur la loi du 23 mars 1855, l'institution contractuelle n'entre pas dans la catégorie des actes visés par ces textes.

D'ailleurs, si l'on décidait qu'il faut transcrire, comment le ferait-on? La transcription doit être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés. Fera-t-on autant de transcriptions qu'il pourra y avoir d'arrondissements dans lesquels l'instituant possède des biens? Et faudra-t-il, s'il acquiert de nouveaux biens dans un autre arrondissement, transcrire de nouveau en cet autre lieu? La difficulté sera plus grande encore si l'on exige la spécialité de la transcription. Faudra-t-il, pour chaque nouvelle acquisition d'un bien quelconque, avoir recours à une nouvelle transcription? BONNET et FLANDIN, logiques avec eux-mêmes, n'ont pas hésité à l'admettre. Nous ne pourrions, même si nous n'avions à nous fonder que sur cet argument d'ordre pratique, croire que le bénéfice de l'institué est soumis à autant de mesures vexatoires. Nous voyons mal un institué à l'affût de toutes les opérations que peut faire l'instituant sur son patrimoine. Les difficultés qu'il aurait à surmonter rendraient son titre illusoire, lorsque l'instituant le voudrait.

L'argument qui consiste à dire que, seuls les 4 articles qui précèdent immédiatement l'art. 947 ne s'appliquent pas à l'institution contractuelle, et que tous autres, notamment l'article 939 s'y appliquent, ne trouve pas plus grâce devant nos yeux que lorsqu'il était invoqué pour exiger l'état estimatif du mobilier dont parle l'article 948.

Quant à l'intérêt des tiers, comment le défaut de transcrip-

tion de l'institution contractuelle peut-il lui être préjudiciable? Qui peut faire figure de tiers vis-à-vis de l'institué? Les créanciers? Ceux-ci lui sont toujours préférables puisque l'instituant reste capable de s'obliger sur tous ses biens, puisque l'institué n'est appelé à recueillir le patrimoine de l'instituant que toutes dettes déduites, et qu'il peut même être tenu de payer celles-ci *ultra vires emolumenti*. Les héritiers *ab intestat*? « Ils sont « sans intérêt, n'ayant pas à craindre d'accepter une succession absorbée par des donations, puisque l'héritier contractuel est mis à leur place¹. » Les acquéreurs éventuels des biens de l'instituant? Celui-ci avait conservé le droit de les aliéner, de les échanger, de les hypothéquer, de faire sur eux tous actes à titre onéreux. Par conséquent, les tiers acquéreurs n'ont pas à se soucier de l'institution et encore moins de sa transcription.

Seuls, les donataires postérieurs à l'institution peuvent se plaindre qui, en considération de la donation qui leur a été faite et qui se trouve détruite du fait de l'existence, qu'ils ignorent, de l'institution antérieure, ont pris des engagements sans que pourtant ces engagements donnent à la libéralité, le caractère d'acte à titre onéreux. Ainsi, l'instituant fait une deuxième institution en faveur d'une personne, qui se marie en considération de cette libéralité. L'existence de la première institution empêche la seconde de venir à effet, et le deuxième gratifié se trouve en quelque sorte frustré. Nous ne contestons pas qu'il y ait là un sérieux inconvénient, mais est-il plus grand que celui qui résulte de ce que, par des dilapidations de son patrimoine, le donateur peut réduire sa libéralité à néant?

Jurisprudence. — La jurisprudence est constante. Elle n'exige pas plus la transcription, depuis la loi du 23 mars 1855, qu'elle ne l'exigeait antérieurement, en vertu de l'article 939 du Code Civil.

Ainsi, il a même été jugé qu'une institution contractuelle

1. GRENIER, n° 430, p. 339.

faite sous l'empire de lois qui en prescrivait l'insinuation avant le décès de l'instituant ¹ sans fixer aucun délai, a été affranchie de la formalité, si l'instituant est décédé sous l'empire du Code Civil qui abolit l'insinuation :

Civ. rej. 31 janvier 1832; S. 32-1-220.

Voir également :

PAU 2 janvier 1827; S. 29-2-215;

Civ. rej. 4 fév. 1867; S. 67-1-121; D. P. 67-1-65;

Req. 15 mai 1876; S. 77-1-52; D. P. 77-1-195;

GRENOBLE 17 janv. 1867; D. P. 68-2-17 et la note.

1. Cette prescription est discutée, avons-nous dit.

CHAPITRE IX

Donation cumulative de biens présents et à venir.

Puisque l'institué ne peut attaquer les actes à titre onéreux accomplis par l'instituant, lorsque celui-ci aura usé de ce moyen pour dilapider son patrimoine ou le sensiblement diminuer, l'institué n'aura aucun recours. Grand sera donc son désappointement, et ses regrets seront d'autant plus grands lorsque, dans l'espoir de ce qui devait lui revenir, il s'est imposé des charges auxquelles il ne se fût point soumis s'il avait été averti, à commencer peut-être par l'union à laquelle il a consenti.

Il est certain que la considération de la précarité de l'institution contractuelle peut faire reculer le futur époux devant le mariage. Cela n'échappa point au législateur. Ayant déjà, par faveur du mariage, autorisé dans l'article 1082, l'institution contractuelle pure et simple qui fait l'objet des précédents développements, il alla plus loin avec l'article 1084. Il adjoignit à l'institution contractuelle un perfectionnement, qui consiste en la faculté, donnée à l'institué, de diviser son bénéfice lors de l'ouverture de la succession, et d'opter soit pour la succession telle qu'elle se présente, soit pour les biens qui existaient dans le patrimoine de l'instituant au moment du contrat ¹.

Cette institution perfectionnée s'appelle communément « donation cumulative des biens présents et à venir ».

Conditions d'existence. — Pour que l'institué, le donataire, puisse exercer l'option dont nous venons de parler, deux conditions sont nécessaires.

1. Pour la commodité de l'exposé, nous supposons encore ici que l'institution perfectionnée dont il s'agit est universelle.

La première, c'est que l'instituant ait manifesté l'intention de disposer ainsi.

La deuxième, c'est qu'il ait été annexé à l'acte portant donation, un état des dettes et charges du donateur, existantes au jour de la donation.

Intention du donateur. — Nous étudierons plus loin la deuxième condition. En ce qui concerne la première, deux difficultés pourront surgir : ou bien l'on prétendra que la donation cumulative n'est en réalité qu'une institution contractuelle pure et simple, ou bien l'on voudra distinguer dans la libéralité faite, deux donations distinctes : l'une de biens présents, régie par l'article 1081, et l'autre de biens à venir, que nous avons étudiée précédemment.

C'est qu'en effet, comme en matière d'institution contractuelle proprement dite, il n'y a point de termes sacramentels. Seule compte l'intention du disposant, et cette intention est souverainement interprétée, d'après les termes du contrat, par les juges du fait :

BESANÇON 3 juin 1808; S. chr. t. 2-2-397;

BORDEAUX 17 nov. 1828; S. chr. t. 9-2-154;

Req. 18 mars 1835; S. 35-1-862;

Req. 30 janv. 1839; S. 39-1-443 :

« La Cour, attendu que c'est par une interprétation des
« termes du contrat de mariage, qui lui appartenait souve-
« rainement, que la Cour royale a décidé que cet acte renfer-
« mait à la fois une donation entre vifs et une donation à cause
« de mort, absolument distinctes l'une de l'autre, et régies par
« des principes différents; et qu'au surplus les termes de la
« stipulation ne sauraient présenter un sens autre que celui
« qu'elle leur a attribué... rejette... »

Req. 28 juill. 1856; D. P. 56-1-428;

Req. 19 nov. 1890; D. P. 91-1-473; S. 93-1-454 :

« Attendu que, s'il est interdit aux juges du fait de subs-
« tituer à la clause précise et formelle d'un contrat de mariage
« une clause non écrite et différente, il leur appartient de fixer

« le sens obscur et douteux des dispositions qui y sont contes-
« nues... »

NIMES 9 nov. 1859; S. 59-2-644;

LIMOGES 26 nov. 1872; S. 74-2-10;

Req. 3 avr. 1905; S. 1906-1-398; D. P. 1905-1-224 :

« La Cour... attendu que, pour décider que cette donation
« avait le caractère d'une donation cumulative de biens pré-
« sents et à venir, la Cour d'Appel n'a fait qu'interpréter le
« Contrat de mariage en se fondant sur ses termes et sur l'in-
« tention des parties; que cette interprétation, qui ne l'a pas
« dénaturé, échappe au contrôle de la Cour de Cassation... »

Remarquons, en passant, que certaines clauses du contrat, qui pourraient sembler incompatibles avec la donation cumulative, n'empêchent point de reconnaître celle-ci lorsque, par ailleurs, l'intention du disposant apparaît sans conteste.

Il en est ainsi, par exemple, de la réserve d'usufruit, espèce de redondance notariale que nous avons déjà signalée, et qui est tout à fait inutile, sauf qu'elle peut faire croire qu'il y a eu tradition, donc donation de biens présents :

BORDEAUX 17 nov. 1828; S. chr. t. 9-2-154, déjà cité;

Req. 19 nov. 1890; D. P. 91-1-473, déjà cité;

LIMOGES 26 nov. 1872; S. 74-2-10, déjà cité.

Il en est encore ainsi du dessaisissement actuel ou conditionnel des biens présents, en tout ou en partie :

Req. 28 juil. 1856; D. P. 56-1-428, déjà cité;

NIMES 9 nov. 1859; S. 59-2-644, déjà cité;

Req. 3 avr. 1905; S. 1906-1-398, déjà cité.

Comparaison avec l'institution contractuelle pure et simple. — La donation cumulative de biens présents et à venir est, avons-nous dit, une institution contractuelle modifiée. Elle suit, depuis le contrat de mariage jusqu'à la mort du donateur, toutes les règles des institutions contractuelles pures et simples, et ce n'est qu'à ce moment qu'elle en diffère par ses effets, si toutefois l'institué opte pour les biens présents.

Nous n'examinerons donc, dans ce qui va suivre, que les particularités qui découlent de cette option. Lorsque, de par la volonté du donataire, ou par l'absence ou l'irrégularité de l'état des dettes, la donation reste une institution contractuelle, toutes les règles de celle-ci, sans exception, s'appliquent à la donation cumulative de biens présents et à venir, et nous prions le lecteur de vouloir bien s'y reporter.

Nous ne nous attarderons pas sur la controverse qui a eu lieu au sujet de la nature de la donation cumulative. Très rares ont été les auteurs qui l'ont analysée en l'adjonction de deux donations distinctes, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir¹. La quasi unanimité y a vu une institution contractuelle perfectionnée, rendue plus intéressante pour l'institué par la faculté d'option qui lui est accordée.

Le donateur, pendant sa vie, doit être assimilé à l'instituant. Ainsi, il ne peut pas aliéner à titre gratuit, sauf pour somme modique. Cependant, les aliénations à titre gratuit sont subordonnées à l'option de l'institué ainsi qu'à la catégorie de biens sur lesquels elles portent. Ainsi une telle aliénation, faite sur des biens que le donateur a acquis postérieurement au contrat de mariage, conservera toute sa force si le donataire opte pour les biens présents. Par contre, s'il opte pour l'hérédité complète elle tombera, à moins qu'elle ne soit modique. Si elle porte sur les biens présents, elle tombera quel que soit le choix du donataire.

Les aliénations à titre onéreux ne seront maintenues que si la donation cumulative se transforme en une institution contractuelle pure et simple, soit par l'option du donataire, soit par l'absence ou la non-valeur de l'état des dettes et charges dont il sera parlé plus loin. Elles seront encore valables au cas d'option pour les biens présents, lorsqu'elles porteront sur des biens acquis après le contrat de mariage.

Mais, de toute façon, l'institué ou le donataire, peu importe, ne pourra intervenir dans les actes du donateur.

1. DELVINCOURT, tome II, p. 106. — GRENIER, n° 434, pp. 353 et 354. — Voir aussi la dissertation de M. DELALLEAU; S. 15-2-249.

N'oublions pas, en effet, que notre donation cumulative est une institution contractuelle, une institution contractuelle particulière c'est entendu, mais dont la particularité ne se révèle qu'à la mort de l'instituant, avec le parti que prend l'institué.

En somme, en ce qui concerne les biens présents, les actes à titre onéreux qu'aura accomplis le donateur sur ceux-ci, l'auront été sous une condition résolutoire, qui est l'option du donataire.

La saisie des mêmes biens qu'auront faite les créanciers du donateur postérieurs à la donation, sera affectée de la même condition, mais le donataire ne pourrait demander la distraction de ceux auxquels il sera éventuellement appelé :

BORDEAUX 19 juill. 1831; S. 31-2-341.

(Cet arrêt a confirmé le jugement du tribunal de NONTRON qui a imposé au saisissant d'insérer dans le cahier des charges un dire, par lequel la moitié des biens serait vendue en pleine propriété, l'autre moitié en usufruit seulement, le bénéfice du donataire étant de la moitié des biens présents et à venir.)

Même solution dans BORDEAUX 23 juin 1870; D. P. 73-2-215.

Quant aux donations entre vifs faites par le donateur, elles sont subordonnées à la condition de prédécès du donataire, comme en matière d'institution contractuelle proprement dite, et valables si l'éventualité du prédécès se réalise :

Req. 29 nov. 1858; S. 59-1-573; D. P. 59-1-132.

Effets. — Option du donataire. — Ce n'est qu'au décès du donateur que s'ouvrent les droits du donataire; à ce moment, il peut prendre l'un des trois partis suivants :

- ou renoncer pour le tout;
- ou accepter la donation de biens à venir, auquel cas la donation cumulative se résoud en une institution contractuelle pure et simple;
- ou s'en tenir aux biens présents.

L'option du donataire peut se manifester d'une façon

expresse ou d'une façon tacite s'il choisit les biens à venir. Nous voyons difficilement comment il pourrait prendre tacitement un des deux autres partis. La faculté d'option reste entière chez le donataire, même s'il avait été mis, avant la mort du disposant, en possession totale ou partielle de ses biens.

Il peut l'exercer pendant trente ans à compter du décès du donateur (arg. art. 789). Cependant, s'il est poursuivi par les créanciers pour le paiement des dettes présentes, il ne pourra leur opposer que l'exception dilatoire de l'art. 174 du Code de procédure civile, après quoi il sera forcé de prendre une décision ¹.

Une fois faite, l'option est définitive, irrévocable, et le donataire ne peut revenir sur sa décision pour en changer. La doctrine est unanime en ce sens et se refuse à lui appliquer, par analogie, l'art. 790. S'il a accepté pour le tout, LAURENT dit (n° 276, p. 312) : « *semel hæres, semper hæres* ».

La Cour de GRENOBLE, toutefois, a permis aux enfants du donataire, venus en vertu du droit propre qui leur échoit comme dans une institution contractuelle proprement dite, de renoncer aux biens à venir pour s'en tenir aux biens présents, longtemps après avoir demandé le partage de toute la succession à leurs cohéritiers :

GRENOBLE 28 juin 1823; S. chr. t. 7-2-235.

Par contre, il semble bien résulter de

BESANÇON 1^{er} frim. an XI; S. chr. t. 1-2-100

que l'option pour les biens présents, une fois faite est définitive :

« Considérant que l'option... et qu'elle est de sa nature
« irrévocable... »

Option pour les biens présents. — Seule, l'option pour les biens présents peut nous intéresser. En la faisant, le donataire devient propriétaire des biens tels qu'ils existaient au moment

1. Comp. TROPLONG, n° 2430, p. 599. — BONNET, n° 538, p. 340.

du contrat de mariage, défalcation faite des dettes et charges existantes au même moment, et dont état a dû être dressé.

Reste à savoir ce que comporteront les biens présents. Pourra-t-on assimiler à ceux-ci, des biens qui ont été achetés avec des deniers existant au moment de la donation? Autrement dit, y a-t-il subrogation? Nous ne le pensons pas, car il n'y a pas de subrogation sans loi ou sans convention, et si elle n'a pas été prévue dans le contrat, elle ne pourra exister. Ainsi, n'a pas été reconnu comme bien présent un immeuble reçu en paiement d'une créance que possédait le donateur au moment du contrat (passé le 5 mai 1791) :

BORDEAUX 26 mai 1830; S. chr. t. 9-2-445.

Mais tous les biens présents lors du contrat appartiennent au donataire. Si le donateur en a disposé, ou à titre gratuit ou à titre onéreux, ses aliénations doivent tomber. Le donataire aura une action en revendication; en ce qui concerne les meubles, cependant, les tiers possesseurs de bonne foi pourront exciper de l'article 2279, auquel cas le donataire pourra se retourner contre la succession du donateur, à supposer que cette démarche puisse avoir une utilité pratique.

Contre la succession, l'action du donataire est une action en partage. Dans un cas comme dans l'autre, elle dure trente ans à compter du décès du donateur.

La question de la saisine, nous semble-t-il, doit être résolue dans le même sens que pour l'institution contractuelle; elle ne peut dépendre du parti que prend le donataire. En particulier, s'il opte pour les biens présents, « il ne peut être dis-
« pensé de demander la délivrance, parce que n'ayant pas été
« mis en possession par le défunt, il doit faire reconnaître ses
« droits par la succession avant de prendre possession des
« choses qui semblent héréditaires » ¹.

Contribution aux dettes. — S'il prend les biens présents, le donataire doit aussi payer les dettes présentes. La loi ne l'a

1. COLMET DE SANTERRE, n° 257 bis, IX, p. 496. — Comp. TROPLONG, n° 2428, p. 595. — BONNET, n° 537, p. 339.

pas dit expressément mais à quoi servirait l'état des dettes et charges de l'article 1084 s'il en était autrement? Les créanciers pourront le poursuivre directement pour le paiement de ces dettes, et il ne sera tenu que dans la mesure de ce qu'il recueille. A vrai dire, cette question ne se posera guère : si le donataire opte pour les biens présents, qu'il connaît, diminués des dettes, qu'il connaît également, c'est qu'il doit y trouver un bénéfice.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que les dettes restent héréditaires, et que les créanciers ne sont pas obligés de poursuivre le donataire. S'ils s'en prennent aux héritiers, ceux-ci recourront contre lui, comme ils le feraient au cas où le donateur aurait payé ses dettes de son vivant.

Il va sans dire que lorsque la donation a été d'une quote-part des biens, le donataire n'est tenu que pour sa part et portion¹. Cependant, le donateur peut l'avoir déchargé des dettes ou l'avoir chargé pour une portion différente, plus grande ou plus petite que celle qu'il est appelé à prendre des biens présents².

Poursuivi par les créanciers, le donataire qui a opté pour les biens présents peut les leur abandonner.

Transcription. — Parmi les arguments que nous avons employés pour établir notre opinion que la transcription d'une institution contractuelle n'est pas nécessaire, nous avons montré que cette transcription est dépourvue d'utilité pratique.

Au cas de donation cumulative de biens présents et à venir, il n'en est plus de même. Certes, si le « donataire » opte pour les biens à venir, il n'y a aucune différence puisque la donation est alors une institution contractuelle pure et simple. Mais, s'il opte pour les biens présents, il peut avoir à revendiquer ceux-ci entre les mains des tiers acquéreurs, les tinssent-ils en vertu d'un acte à titre onéreux.

Il y aurait donc grand danger à ce que ces tiers ne fussent

1. TOULOUSE, 26 nov. 1826; S. chr. t. VIII-2-291.

2. Comp. Req., 3 mars 1852; S. 52-1-504.

pas avertis qu'ils acquièrent sous condition résolutoire. Et comment le pourraient-ils savoir si le contrat de mariage qui contient la donation cumulative n'est pas transcrit ?

Nous n'hésitons donc pas à dire que la transcription est indispensable pour que le donataire puisse revendiquer, entre les mains des tiers acquéreurs, les immeubles compris dans sa donation. Au surplus, la difficulté pratique que nous avons signalée en matière d'institution contractuelle n'existe plus. Cette transcription a lieu une fois pour toutes, puisqu'il s'agit de biens présents, au bureau des hypothèques de l'arrondissement dans lequel chaque bien est situé. Il n'y a pas transcription à chaque nouvelle acquisition, puisque ces acquisitions ne joueront aucun rôle vis-à-vis du donataire qui opte pour les biens présents, étant donné qu'il n'y a point de subrogation (c'est d'ailleurs là un argument de plus en faveur de la non-subrogation, mais si celle-ci se produisait par la convention des parties *contenue au contrat de mariage*, il serait nécessaire de transcrire de nouveau lors de l'acquisition du bien subrogé).

Nous tenons à spécifier que la transcription n'est nullement nécessaire à la validité de la donation, qui conservera tous ses effets si elle est régulière; l'omission de cette formalité empêche seulement le donataire de revendiquer en cas d'aliénation à titre onéreux, et d'opposer son titre aux créanciers postérieurs au contrat de mariage; mais les héritiers du donateur, ou ses donataires postérieurs à l'institution, ne seraient pas qualifiés pour mettre en avant le défaut de transcription.

La doctrine est unanime en ce sens.

Etat estimatif du mobilier. — Par identité de motifs, la solution est la même en ce qui concerne l'état estimatif du mobilier, au cas où les biens présents en comportent ¹.

Contrairement à la majorité des auteurs, et conformément aux opinions de BONNET, LAURENT et TROPLONG ², nous esti-

1. Comp. DE LAMOIGNON, art. 20, p. 245.

2. BONNET, n° 532, p. 334. — LAURENT, n° 261, p. 299. — TROPLONG, n° 2444, p. 611.

mons qu'au cas où l'institué opte pour les biens présents, l'absence d'état estimatif du mobilier ne l'empêche pas d'acquérir le mobilier présent. Il lui appartiendra seulement de prouver que ce mobilier était présent, ce qui lui sera peut-être difficile.

Certes, l'art. 948 exige, en cas de donation entre vifs, l'état du mobilier donné, mais notre donation cumulative n'est pas, et ne devient jamais, une donation de biens présents. Elle ne se transforme pas en donation des biens présents par l'option qu'en fait le bénéficiaire. Institution contractuelle dès le début, institution contractuelle elle reste. Tant mieux si l'institué est sûr de recueillir au moins autant que s'il lui était fait une donation de biens présents, mais ce n'en est pas une.

N'avons-nous pas vu que s'il ne transcrit point son titre, il n'en a pas moins droit aux immeubles présents, et que seuls les acquéreurs à titre onéreux sont à l'abri de sa revendication? Si l'institution contractuelle perfectionnée que nous étudions se transformait en une donation de biens présents, tous ceux qui y auraient intérêt (art. 941) pourraient se prévaloir du défaut de transcription, et notamment les donataires postérieurs, qui auraient, eux, fait transcrire leur titre. Or, personne ne le soutient.

Par conséquent si, pour les immeubles, l'institution ne se transforme point en une donation de biens présents, pour les meubles non plus.

Que le donataire ait de la peine à établir la consistance des biens mobiliers présents, nous ne le contesterons point, et ce sera la sanction de sa négligence, mais on ne saurait l'en priver pour la totalité et, comme l'a très bien dit LAURENT :
« Le donataire qui opte pour les biens présents est tenu de
« toutes les dettes et charges du donateur existant au moment
« de la donation. Si à défaut d'état estimatif il ne pouvait pas
« réclamer le mobilier présent, il devrait supporter le passif
« sans avoir droit à tout l'actif, ce qui serait contraire au
« principe de l'équité. »

Jurisprudence. — Voir :

Civ. rej. 27 fév. 1821; S. 21-1-236;

et

Req. 19 nov. 1890; S. 93-1-454; D. P. 91-1-473 et notes.

Vocation des enfants. — Aucun auteur ne méconnaît le droit, pour la postérité du donataire, d'exercer l'option de celui-ci lorsqu'il prédécède le donateur. Alors, si les enfants peuvent opter, par conséquent choisir les biens présents, pourra-t-on dire encore que la donation est transformée en une donation de biens présents? Ce serait une singulière donation que celle-là, qui serait faite à des personnes non conçues. Encore une fois, c'est parce que la donation cumulative est une véritable institution contractuelle que les enfants y viennent, et peuvent opter pour les biens présents comme pour les biens à venir. Et ils y viennent *jure proprio*. Le partage se fait par tête si le premier degré est complet, par souche s'il ne l'est pas et si l'enfant défaillant laisse des descendants ¹.

Par effet de leur droit *jure proprio*, les enfants qui ne s'accordent pas sur le parti à prendre quant à la donation, doivent, pour leur part et portion, recueillir les biens pour lesquels ils optent. On ne saurait prétendre que ce doit être à la justice de décider suivant que le donataire y eût trouvé plus d'avantages.

Autres effets de la donation. — Une autre conséquence de notre opinion est que le donateur, quelle que soit l'option du donataire peut faire les dons et legs modiques de l'instituant ².

Et nous accordons aussi à la femme dotale, le droit de faire une donation cumulative ³.

Etat des dettes. — La deuxième condition, avons-nous dit, pour que l'institué par donation cumulative de biens présents

1. Voir dissertation de M. PLANET; S. 17-2-65.

2. Contra TROPLONG, n° 2510, p. 678.

3. Cf. GRENIER, n° 436, p. 364.

et à venir puisse exercer son option, c'est qu'il ait été dressé et annexé à l'acte de donation, un état des dettes et charges du donateur, existantes au jour de la donation (art. 1084).

Faute de cet état, le donataire ne peut que refuser ou accepter la succession pour le tout. Le perfectionnement à son institution disparaît : elle redevient une institution contractuelle pure et simple¹. Tellement que s'il renonce à son institution, il devra rendre les biens dont le donateur se serait dessaisi entre ses mains au moment de la donation :

GRENOBLE 19 janv. 1847; S. 48-2-144; D. P. 56-2-1.

Il vaut mieux, croyons-nous, dire comme nous l'avons fait que la donation redevient une institution contractuelle, et ne pas suivre à la lettre, les termes de l'article 1085.

D'après cet article, le donataire, en cas d'acceptation, ne pourrait réclamer que les biens qui se trouveraient existants au jour du décès du donateur, c'est-à-dire ne pourrait revendiquer ceux que ledit donateur aurait aliénés à titre onéreux ou à titre gratuit. Certes, il n'aurait aucun droit sur les premiers, mais il aurait certainement une action pour reprendre les seconds, comme tout institué contractuel².

On a prétendu que le donataire, lorsqu'il n'y aurait point eu d'état des dettes, ne serait tenu de celles-ci (ou plutôt de celles qui existent au décès du donateur) que jusqu'à concurrence de son émolument au cas où il accepterait purement et simplement, tandis que l'institué contractuel serait tenu *ultra vires*³.

Nous estimons qu'il n'y a aucune différence. Seul, le bénéficiaire d'inventaire peut dispenser le donataire, redevenu simple institué, de payer les dettes au delà de son émolument.

Il convient, sur ce point des dettes, de préciser encore la portée des termes de l'article 1085 : « Il sera soumis au payement de toutes les dettes et charges de la succession. » Cela ne veut nullement dire que toutes les dettes, sans exception

1. Voir Civ. cass., 31 mars 1840; S. 40-1-407.

2. Voir Req., 27 fév. 1821 (Pinel); Rép. Dalloz, n° 2191.

3. Rép. Dalloz, n° 2153.

et dans leur intégralité seront supportées par le donataire. Cela est évident : que se passerait-il s'il y avait eu deux ou plusieurs donataires qui fussent ainsi privés de leur bénéfice d'option pour les biens présents? Toutes les dettes, cela veut dire tant les dettes présentes, dont état eût dû être dressé, que les dettes postérieures à la donation.

Par conséquent, faute d'état, le donataire, l'institué plutôt, ne sera tenu des dettes que pour sa part et portion et, avons-nous dit, *ultra vires* s'il n'a pas revendiqué le bénéfice d'inventaire :

TOULOUSE 26 nov. 1826; S. 27-2-110;

NIMES 12 juin 1832; S. 32-2-321;

LIMOGES 16 déc. 1835; S. 36-2-92;

contrà : Req. 12 nov. 1818; S. chr. t. 5-1-545.

L'état des dettes requis par l'art. 1084 doit être détaillé et complet. Il ne pourrait être remplacé par une déclaration du montant des dettes, sans spécifications :

LIMOGES 19 mars 1841; S. 41-2-442.

La Cour de Cassation a jugé après MONTPELLIER, que l'état doit comprendre toutes les dettes et charges du donateur au moment de la donation, et notamment les dettes résultant de comptes courants même non arrêtés à cette époque.

MONTPELLIER 7 déc. 1860; S. 61-2-470; D. P. 61-2-180;

Req. 13 nov. 1861; S. 62-1-62; D. P. 62-1-26.

L'état doit être complet, certes, mais il faut cependant se garder d'exagérer. Il sera bien rare qu'une petite dette, de peu d'importance, n'ait pas été omise. Refuserons-nous, pour autant, le bénéfice de l'option au donataire? Ce serait abusif ¹.

D'ailleurs, le donateur peut parfaitement déclarer que ses dettes présentes ne seront pas à la charge du donataire, et par

1. Voir NIMES, 2 fév. 1830; S. 30-2-347; dans l'acte de donation, il avait été reconnu une dette antérieure et contracté une nouvelle. Cette dernière ne fut pas reconnue comme dette présente, mais qualifiée de dette postérieure.

là même, éviter la confection de l'état¹. C'est là une convention qui n'est nullement contraire à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. La convention ne doit pas se présumer : l'absence d'état ne doit pas faire croire que le donateur a entendu affranchir le donataire; mais s'il s'en est expliqué, il n'y a là rien que de très licite. Il appartiendra seulement aux héritiers réservataires et aux créanciers, s'il y a lieu, de revendiquer leurs droits au moment opportun.

En partant de ce principe, nous croyons que le donateur pourrait très bien réduire l'état des dettes à celles qu'il entend faire payer au donataire, et dont le total correspond à la quote-part d'actif que celui-ci doit recueillir. Il a parfaitement le droit de faire une appréciation forfaitaire et même, s'il entend faire payer le quart des dettes pour la moitié des biens, rien ne s'y oppose.

Pour terminer cette étude, disons que l'état des dettes de l'article 1084 est une innovation du Code Civil. L'ordonnance de 1731 ne le requérait pas, encore que la pratique y recourût. Il en résultait « des procès sans nombre, et qu'un long intervalle de temps rendait le plus souvent inextricables » comme le faisait remarquer BIGOT-PRÉAMENEU dans son exposé des motifs (LOCRE t. XI; p. 418). Aussi le Code Civil a-t-il fait œuvre pratique très louable en exigeant la confection dudit état.

1. Voir BAUDRY-LACANTINERIE, n° 3968, p. 856. — LAURENT, n° 269, p. 305. — COLMET DE SANTERRE, n° 258 bis, II, p. 498. — DEMOLOMBE, n° 361, p. 390.

CHAPITRE X

Promesse d'égalité.

La promesse d'égalité est une autre forme de l'institution contractuelle, un autre aspect de la non-nécessité d'employer des termes sacramentels pour consentir celle-ci.

Pas plus que celui d'institution contractuelle, son nom ne figure au Code et on la désigne même quelquefois par : « assurance de part héréditaire » ou « réserve à succession ».

Elle n'est pratiquement employée (et on ne conçoit guère qu'elle puisse l'être autrement) que par des parents qui, dans le contrat de mariage de l'un de leurs enfants, lui promettent une part égale à celle de ses frères et sœurs, ou bien de ne pas avantager ceux-ci à son détriment, ou encore lui assurent une part et portion virile dans leur succession. D'autres formules encore sont employées, et l'intention des parties peut s'induire des clauses du contrat ¹.

Cette variété d'institution contractuelle est, on s'en rend déjà compte, beaucoup moins intéressante que la précédente, la donation cumulative de biens présents et à venir. Il faut dire d'ailleurs que l'on y recourt assez peu. La promesse d'égalité est, en effet, bien plus que les deux autres encore, un legs du passé, une conséquence de la force des traditions. Elle pouvait avoir une grande utilité autrefois, lorsque la légitime était infime, et, partant, la quotité disponible importante, mais, avec la réserve héréditaire de notre droit actuel, elle a beaucoup moins sa raison d'être.

Effets. — Quels sont les effets de la promesse d'égalité?

Certains auteurs n'y voient que la promesse, faite au bénéficiaire, de n'avantager en aucune façon ses frères et sœurs. Ces avantages ne pourraient, de toute évidence, qu'être faits

1. Req. 11 mars 1834; *Rép. DALLOZ*, n° 1997; BORDEAUX, 22 mai 1861; D.P. 61-2-196.

au moyen de la quotité disponible, car tous conservent leurs droits respectifs à la réserve. Ce serait, en quelque sorte, une promesse plutôt négative que positive.

Dans ce système, le donateur conserve le droit de faire ce qu'il lui plaît de toute la quotité disponible, notamment d'en gratifier les étrangers¹. Il peut aussi la partager entre ses enfants mais à la condition qu'aucun d'eux ne recueille plus que l'institué.

Il a été suivi par une bonne partie des arrêts que nous avons relevés sur la question :

BORDEAUX 12 mai 1848; S. 48-2-417; D. P. 48-2-155²;

Civ. cass. 15 déc. 1818; S. chr. t. 5-1-559;

PARIS 1^{er} déc. 1855; S. 56-2-398 et, sur pourvoi :

Civ. rej. 28 juin 1858; S. 58-1-753;

RIOM 2 mars 1882; D. P. 83-2-15; S. 83-2-140;

Req. 22 fév. 1887; D. P. 88-1-128.

D'autres auteurs considèrent la promesse d'égalité comme une institution contractuelle au profit du donataire, de sa part et portion virile dans la quotité disponible.

En ce sens, les arrêts ci-après :

PARIS 26 janv. 1833; S. 33-2-197;

BESANÇON 11 juin 1844; D. P. 45-4-156;

BORDEAUX 20 janv. 1863; D. P. 63-5-126;

DOUAI 28 mars 1835; S. 35-2-379;

ORLÉANS 20 fév. 1895; et, sur pourvoi,

Req. 30 nov. 1896; D. P. 98-1-481.

Mais, d'accord sur ce point, ils se séparent sur un autre. Les uns en déduisent que de ce qui reste de quotité disponible, l'instituant peut disposer à son gré, et avantager par exemple, un seul des cohéritiers de l'institué, qui obtient sensiblement plus que lui; ils disent que l'institué n'a pas à se plaindre puisqu'il recueille ce qui lui a été promis³. Les autres nient

1. DEMOLOMBE, n° 306, p. 333. — HÉMARD, n° 3004, p. 363.

2. Cet arrêt est d'autant plus net que le père s'était réservé de disposer d'une somme déterminée au profit des tiers.

3. BAUDRY-LACANTINIERE, n° 3943, p. 848.

au donateur la possibilité d'avantager ainsi les cohéritiers de l'institué. Sous cette réserve, il peut faire ce qu'il veut du solde de la quotité disponible¹.

Nous croyons que s'il n'y avait pas eu dans le contrat, de clause explicite; si, par exemple, le donateur s'était borné à stipuler simplement la promesse d'égalité, nous croyons que ladite promesse équivaldrait à une institution contractuelle de la part et portion virile du donataire dans la succession du donateur, et que celui-ci pourrait disposer comme il l'entendrait du reste de la quotité disponible.

S'il n'en était ainsi, à quoi correspondrait ladite promesse? Etant donné que tous les enfants du donateur ont droit à leur réserve, qui est la même pour tous, promettre l'égalité à l'un, équivaldrait à lui assurer, par contrat, ce que la loi lui assure déjà avec, en plus, l'assurance qu'aucun de ses frères et sœurs n'obtiendra plus que lui. Singulier bénéfice et qui, nous semble-t-il, heurte un peu la morale. Serait-ce donc pour reconnaître d'une façon solennelle l'existence, trop fréquente hélas, des dissensions familiales nées de divergences d'intérêts, que serait faite cette promesse? Serait-ce pour tranquilliser les sentiments de jalousie que peut nourrir le futur époux vis-à-vis de ses frères et sœurs? Nous ne le saurions croire. Nous ne saurions croire qu'un enfant qui se marie sera satisfait dès qu'il saura que la part qui doit, normalement, lui revenir dans la quotité disponible de ses parents, ira non pas à lui, mais à tout autre qu'à ses frères, qui n'acquerront pas plus que lui.

Par ailleurs, nous pensons que cette promesse d'égalité ne sera pas stipulée ainsi brutalement, sans explications, et nous dirons alors qu'il y a lieu de se reporter à l'intention du donateur, appréciée souverainement par les juges d'après les termes du contrat et les éléments de la cause².

1. AUBRY et RAU, p. 691 et note 103 bis de M. BARTIN.

2. Comp. LAURENT, nos 249 et 250, p. 287 et suiv. — Voir aussi ROM, 21 fév. 1883; S. 84-2-9, et sur pourvoi. Req. 10 mars 1884; S. 85-1-351; arrêts cités plus loin.

Question de l'accroissement. — Nous ne varierons pas non plus sur le point de savoir si le donataire est appelé à bénéficier éventuellement de la totalité de l'institution, lorsque ses frères et sœurs précèdent leurs parents communs. Là encore l'intention de ceux-ci résoudra la question. Et c'est bien ce qui résulte des arrêts de :

RIOM 21 fév. 1883; S. 84-2-9, et sur pourvoi :

Req. 10 mars 1884; S. 85-1-351; D. P. 85-1-108;

ORLÉANS 30 mars 1892; D. P. 93-2-330.

auxquels nous pouvons ajouter la solution implicite en faveur de l'accroissement, contenue dans :

LIMOGES, 23 juill. 1862; D. P. 62-2-213; S. 63-2-98;

BORDEAUX 20 janv. 1863; D. P. 63-5-126.

Toujours par interprétation de la volonté des parties, l'arrêt de

Req. 19 mars 1912; S. 1914-1-141,

n'a pas reconnu à l'institué la vocation éventuelle à la totalité de la succession ¹.

En tout cas, la promesse d'égalité ne peut avoir d'effets qu'à l'égard de l'enfant qui se marie. Ses frères et sœurs ne peuvent l'invoquer ². Autrement, ils bénéficieraient d'une sorte de clause d'association et nous savons que cette clause est nulle.

Autres conséquences du caractère d'institution contractuelle de la promesse d'égalité. — Quel que soit le système que l'on adopte en ce qui concerne les effets de la promesse d'égalité, il nous semble que si on l'assimile à l'institution

1. Dans le même sens : BESANÇON, 28 frim. an XII, S. chr., t. 1-2-168; Civ. cass, 15 déc. 1818; S. chr., t. V-1-559; BORDEAUX, 12 mai 1848; S. 48-2-417; D.P. 48-2-155.

2. AUBRY et RAU, p. 691 et note 103. — TROPLONG, n° 2380, p. 532. — LAURENT, n° 252, p. 291. — BOURGES, 18 flor. an XII; S. chr., t. 1-2-191; BOURGES, 4 juil. 1808; Rép. DALLOZ, n° 1996; BORDEAUX, 22 fév. 1858; S. 58-2-561.

contractuelle, on est obligé de reconnaître, par voie de conséquence, que les dons et legs modiques faits par le donateur sont valables, même s'ils portent atteinte à l'égalité mathématique entre cohéritiers ¹.

Les biens acquis à l'ouverture de la succession du donateur par une fille à qui il a été fait une promesse d'égalité, et dont le contrat de mariage comporte le régime dotal, sont dotaux dès leur entrée dans son patrimoine :

LIMOGES 20 fév. 1844; S. 46-2-21 ².

L'impossibilité à laquelle s'est soumis le donateur, de faire désormais des libéralités préciputaires aux frères et sœurs de l'institué, n'empêche pas qu'il puisse procéder, avant sa mort, à un partage d'ascendant, avec confection des lots par ses soins, pourvu que l'égalité promise ne soit pas rompue :

Req. 26 mars 1845; D. P. 46-1-374;

Req. 27 nov. 1865; D. P. 66-1-217;

Req. 8 janv. 1872; D. P. 72-1-94;

DJON 8 mars 1878; S. 78-2-74; D. P. 79-2-78,

et sur pourvoi :

Req. 11 fév. 1879; S. 80-1-201; D. P. 79-1-297;

Req. 30 nov. 1896; S. 1900-1-523; D. P. 98-1-481.

Enfin, comme en matière d'institution contractuelle proprement dite, la renonciation à une prescription acquise, en faveur d'un cohéritier du donataire, ne constitue pas un avantage prohibé :

Req. 26 mars 1845; D. P. 46-1-374; S. 47-1-120.

1. Comp. COIN-DELISLE, n° 21, p. 577.

2. Comp. LIMOGES, 23 mai 1888; D.P. 90-2-79.

CHAPITRE XI

Conclusion.

Deux points ressortent très nettement de l'étude que nous venons de faire sur la donation de biens à venir.

Le premier, c'est que la libéralité en question est bien une donation entre vifs. Nous avons vu qu'il n'est pas possible de lui reconnaître une autre nature. De la donation entre vifs proprement dite, elle a l'irrévocabilité; si la condition de forme est spéciale et nécessite une solennité particulière, les conditions de fond sont identiques en ce qui concerne les personnes. Celles-ci doivent avoir, pour donner ou pour recevoir des biens à venir, la même capacité que pour donner ou recevoir des biens présents.

Le deuxième point c'est que, donation à sa formation, elle se mue, pourrait-on dire, lorsqu'elle vient à effet, en une sorte de testament, tellement que certains auteurs l'ont qualifiée de testament irrévocable. Elle ne devient pas un testament, certes, mais elle en a tous les effets; elle se comporte absolument comme le ferait un testament.

Les deux points dominants de la donation de biens à venir se cristallisent dans la définition que nous en avons donnée, et justifiée. C'est une donation de succession, avons-nous dit après d'éminents jurisconsultes. Ils apparaissent très bien aussi dans le vocable sous lequel on la désigne couramment, encore qu'il faille regretter que le troisième terme ne soit plus employé, et qu'on ne dise plus qu'institution contractuelle, au lieu d'institution contractuelle d'héritier.

Si l'on s'en rapporte à la théorie classique, il y a deux manières de succéder, deux manières de transmettre une succession. La première est la succession *ab intestat* ou réservataire, celle qui est dévolue par la loi. La deuxième est la dévo-

lution testamentaire, celle qui est dévolue par la volonté, mais la volonté unilatérale du *de cujus*.

Ne pouvons-nous pas, des développements qui précèdent, conclure avec M. HÉMARD¹ qu'à ces deux modes de succéder il y a lieu d'ajouter un troisième, la succession contractuelle? Comme la succession testamentaire, la succession contractuelle est dévolue par la volonté du *de cujus*, mais cette volonté n'agit plus seule; elle se conjugue avec celle du successible.

L'existence de cette succession contractuelle ne ressort-elle pas aussi du partage d'ascendants?

Certes, la loi interdit en général les pactes sur succession future, les contrats dont l'objet est une succession, un droit successif. Mais dans un cas particulier, dans le cas où les appelés sont de futurs époux et leurs enfants à naître, dans le cas où la convention fait partie intégrante d'un contrat de mariage, la loi permet l'institution contractuelle d'héritier.

La succession contractuelle n'est pas fréquente, soit, mais elle existe. On la voit encore lorsque, pendant le mariage, des époux se font donation mutuelle de leurs biens à venir.

Il n'y a pas de doute : une fois le contrat parfait, les donataires sont de véritables héritiers. Nous les avons, à un certain moment, assimilés en partie aux héritiers réservataires. Comme ceux-ci, ils sont assurés de recueillir ce qui reste du patrimoine du *de cujus*, et ce reste ne peut être diminué que par les actes à titre onéreux. Ils sont même mieux placés, à certains égards, que les réservataires. Ainsi, qu'il advienne un changement de législation diminuant la réserve, ou supprimant des catégories de réservataires, la loi nouvelle affectera tous les réservataires ou tous les ex-réservataires : ils n'avaient pas de droits acquis. Au contraire, une telle loi ne peut affecter en rien l'institué contractuel : c'est celle qui était en vigueur à l'époque du contrat qui régit son droit. Si son émolument est de toute la quotité disponible, il la prendra telle qu'elle eût été au moment de ce contrat, compte tenu de l'état de la famille de l'instituant à l'époque de son décès. En outre,

1. HÉMARD, t. III, n° 2981, p. 353.

l'institué peut quelquefois n'avoir pas à subir l'effet des aliénations à titre onéreux qu'a faites le *de cujus* : c'est lorsque son institution a pris la forme d'une donation cumulative de biens présents et à venir. Le réservataire, lui, est toujours obligé de supporter les conséquences de ces aliénations.

Comme les héritiers *ab intestat* ou testamentaires, les institués ont le pouvoir de renoncer à la succession ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire. Comme eux, ils ont la saisine, dans le cas où la loi l'accorde aux légataires. Comme eux, ils sont tenus des dettes, personnellement pour leur part et portion, hypothécairement pour le tout. Ils y sont tenus *ultra vires emolument*, s'ils n'ont pris la précaution de recourir au bénéfice d'inventaire.

De même que la succession testamentaire peut co-exister avec la succession *ab intestat*, ou plus exactement la succession légale, de même la succession contractuelle peut co-exister avec les deux autres modes. Elle co-existe nécessairement avec la succession légale lorsqu'il y a des réservataires, car elle ne peut toucher que la quotité disponible. D'autre part, tous les legs non incompatibles avec elle sont valables, soit qu'ils puissent être considérés comme modiques, soit qu'ils ne portent point sur ce qui a été donné. Le même individu peut d'ailleurs très bien être appelé à la fois à une succession comme héritier contractuel et comme héritier légal, voire testamentaire. Il peut même refuser sa vocation *ab intestat* pour profiter des avantages que comporte sa donation cumulative.

Comme les successions testamentaires, l'institution contractuelle peut comporter les substitutions fidéicommissaires prévues par les art. 1048 et 1049, et dans les mêmes conditions, dont l'une est déjà remplie : il ne peut être disposé par cette voie que de la quotité disponible. Ce n'est pas là contrevenir à la nécessité d'instituer les époux en première ligne et de n'instituer les enfants que subsidiairement. En effet, si ceux-ci précèdent leurs parents, ou s'ils ne naissent pas, la substitution sera caduque, mais l'institution vaudra, tandis que si l'on franchissait les époux pour n'instituer que les enfants, en cas de prédécès ou de non-naissance de ceux-ci,

ce serait l'institution qui serait caduque et les époux n'en pourraient aucunement profiter.

Comme nous l'avons dit page 203 il y a lieu de recourir aux règles en vigueur pour les successions ordinaires, lorsqu'il y a partage à faire dans une institution.

Il reste un point à rappeler : c'est la vocation propre des enfants à l'institution faite à leurs parents. Nous avons noté que certains auteurs y ont vu l'effet d'une substitution vulgaire tacite mais que d'autres combattaient cette opinion parce que d'après eux, l'enfant n'a pas le droit de venir à l'institution lorsque, pouvant l'accepter, son père y a renoncé. Nous avons estimé que ce droit ne pouvait être tenu en échec par une renonciation de leurs parents, et nous n'avons pas hésité, par conséquent, à dire aussi qu'ils viennent à l'institution en vertu d'une substitution vulgaire tacite, d'abord parce qu'il est question d'un droit de succession, auquel ils viennent à défaut d'un bénéficiaire primaire défaillant, et ensuite, parce que si la loi n'a prévu que le cas de prédécès de l'institué, ce n'est pas la seule fois que l'on puisse dire d'elle « *lex statuit de eo quod plerumque fit* ».

Il reste alors que le droit successoral a été acquis, par l'institué, en vertu d'un acte synallagmatique, d'un contrat. Ce contrat offre même ceci de particulier : c'est qu'il est intangible, indestructible, dès qu'il est parfait. La volonté des parties, toute puissante pour l'établir, est impuissante à le défaire. Le *mutuus consensus*, indispensable pour la création est inopérant pour la destruction.

Le dyptique est net : d'un côté les droits à la succession du *de cuius*; de l'autre, un contrat entre ce dernier et l'appelé.

Il semble donc bien que ce n'est point être trop hardi que d'ajouter aux deux modes classiques de succéder, ce troisième, que nous avons étudié en partie : la succession contractuelle.

ERRATA

Page 18, 16 ^e ligne, au lieu de :	<i>même</i>	lire :	<i>mêmes</i> ;
» 21, 3 ^e » »	<i>outrés</i>	»	<i>outré</i> ;
» 64, 2 ^e » »	<i>En ce sens.</i>	»	<i>En ce sens</i> :
» 89, Note »	N ^o 11, p. 557	»	{ N ^o 20 et 21 p. 560 ; N ^o 62 p. 570.
» 94, 17 ^e ligne, placer une	<i>virgule</i>	après	contractant ;
» 110, 27 ^e » »	au lieu de : <i>ce sont seulement</i>	lire :	<i>c'est seulement</i> ;
» 138, 3 ^e » »	<i>filz ténus</i>	»	<i>filz si ténus</i> ;
» 184, Note 4 »	S. chr. l. III. 1-410	»	S. chr. t. III. 1-410 ;
» 190, 12 ^e ligne, »	<i>de demander</i>	»	<i>demandeur</i> ;
» 221, 5 ^e » »	mettre un point au lieu d'une virgule après <i>transcription</i> .		

Bibliographie.

ANCIEN DROIT

- AUROUX DES POMMIERS. — *Coutumes générales et locales du païs et duché de Bourbonnois*, avec le Commentaire; 1 vol. in-f°, Paris 1732.
- ARNAUD DE LA ROUVIÈRE. — *Traité du droit de retour des dots, des donations, des institutions contractuelles et des testaments mutuels*; 2 vol. in-8°, Paris 1737. Tome II.
- BOUCHEUL. — *Traité des conventions de succéder, ou Successions contractuelles*; 1 vol. in-4°, Poitiers 1727.
- BOURJON. — *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*; 2 vol. in-f°, Paris 1770. Tome II.
- CAMBOLAS. — *Décisions notables sur diverses questions du droit jugées par plusieurs arrêts du Parlement de Toulouse*; 1 vol. in-4°, 5^e édition, Toulouse 1744.
- CHABROL. — *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*; 4 vol. in-4°; Riom 1784. Tome II.
- COQUILLE. — *La Coutume du Nivernais accompagnée d'extraits du commentaire de cette coutume*. Nouvelle édition par M. Dupin; 1 vol. in-8°; Paris 1864.
- DOMAT. — *Les loix civiles dans leur ordre naturel*; 1 vol. in-f°; Paris 1777.
- DUMOULIN. — *Les Coutumes générales et particulières de France et des Gaules*; 2 vol. in-f°, Paris 1615.
- FURGOLE. — *Ordonnance de Louis XV pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges et les conditions des Donations*; 1 vol. in-4°; 2^e édition, Toulouse 1761.
- FURGOLE. — *Questions remarquables sur la matière des donations, avec plusieurs arrêts du Parlement de Toulouse*; 1 vol. in-4°, 2^e édition, Toulouse 1761.
- LAMOIGNON (DE). — *Recueil des arrêts de M. le Premier Président de Lamoignon*; 1 vol. in-4°; Paris 1777; v^{is} « institution contractuelle » et « donations entre vifs ».
- LAURIÈRE (EUSÈBE DE). — *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*; 2 vol. in-8°; Paris 1715.

- LEBRUN. — *Traité des successions divisé en quatre livres par Denis Le Brun*; livre III; 1 vol. in-f°; Paris 1775.
- MAYNARD (DE). — *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse*; 2 vol. in-f°; Toulouse 1751.
- MONTESQUIEU. — *Esprit des lois*; livre XXXI; chap. XXXIV. Œuvres complètes, avec des notes, par Ed. Laboulaye; 7 vol. in-8°; t. VI; Paris 1878.
- PÉRIER (Scipion du). — *Questions notables du droit*; 1 vol. in-4°; Toulouse 1684.
- POTHIER. — *Coutumes du duché, bailliage et prévôté d'Orléans*; 1 vol. in-4°; Paris et Orléans 1772.
- RICARD. — *Traité des donations entre vifs et testamentaires*; 2 vol. in-f°; Paris 1754; tome I^{er}.

DROIT MODERNE

- ANOUILH. — *De l'institution contractuelle en droit français et d'après le Code Napoléon* : « Revue historique de droit français et étranger; tome VI, 1860.
- AUBRY ET RAU. — *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, 5^e édition, tome XI, Paris 1919; revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par M. Bartin.
- BARTIN. — Voir AUBRY ET RAU.
- BAUDRY-LACANTINIERE ET MAURICE COLIN. — *Traité théorique et pratique du droit civil. Des donations entre vifs et des testaments*; 3^e édition; tome II; Paris 1905.
- BONNET (Armand). — *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*; 2^e éd., Paris 1874; tome II.
- CLERC. — *Traité général du notariat et de l'enregistrement*; 4 vol. in-8°, tome II; Paris 1863.
- COIN-DELISLE. — *Commentaire analytique du Code Civil*; livre III; titre II. Donations et testaments, Paris 1841.
- COLIN ET CAPITANT. — *Cour élémentaire de droit civil français, avec le concours de M. Julliot de la Morandière*; 3 vol. in-8°; tome III; 7^e édition; Paris 1932.
- COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil*, par A.-M. Demante, continué depuis l'art. 980 par E. Colmet de Santerre; 2^e édition; tome IV; Paris 1884.
- DALLOZ. — *Codes annotés, Nouveau Code civil*, tome II; Paris 1903; art. 1082 à 1090.

- DELVINCOURT. — *Cours de Code Civil*; 3 vol. in-4°; tome II; Paris 1819.
- DEMANTE. — a) Voir COLMET DE SANTERRE.
b) Tome VII de « *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte* »; Paris 1825.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*.
Traité des donations entre vifs et des testaments; tome VI; 3^e édition; Paris 1868.
- DURANTON. — *Cours de droit français suivant le Code Civil*; Paris 1829; tome IX.
- FLANDIN. — *De la transcription en matière hypothécaire ou explication de la loi du 23 mars 1855*; 2 vol.; Paris 1861; tome I^{er}.
- FUZIER-HERMANN. — *Code Civil annoté*; tome II, articles 1082 à 1090.
- GALOPIN. — *Les donations entre vifs et les testaments*; 1 vol. gr. in-8°; 2^e tirage; Liège 1921.
- GRENIER (Baron). — *Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites*; 4 vol. in-8; tome III; 4^e éd. augmentée par M. Bayle-Mouillard; Clermont-Ferrand 1847.
- HEMARD (J.). — *Précis élémentaire du droit civil*; 3 vol. in-8°; tome III; Paris 1930.
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*; 15 vol. in-8°; tome VI; Paris 1894.
- JOSSEMAND. — *Cours de droit civil positif français*; 3 vol. in-8°; tome III; Paris 1930.
- LAURENT. — *Principes de droit civil*; 33 vol. in-8°; tome XV; 3^e édit.; Paris 1878.
- MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique de Code Napoléon*; 12 vol. in-8°; tome IV; 6^e édit.; Paris 1866.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*; 36 vol. in-8°; t. XV; v^o institution contractuelle, 5^e édition; Bruxelles 1827.
- MEYNIAL. — *Etude des successions et transmissions à cause de mort depuis le monde romain à la Révolution*.
« *Cours de doctorat : Histoire du droit privé* »; 1926-1927.
- MOURLON. — *Répétitions écrites sur le Code Civil*; 3 vol. in-8°; tome II; onzième édition, revue et corrigée par Ch. Demangeat, Paris 1881.
- PIÉDELIÈVRE. — *Condition juridique des biens de la femme sous les différents régimes matrimoniaux*.
« *Cours de doctorat : droit privé* »; 1926-1927.

- PLANIOI (Marcel). — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol. in-8°; tome III, 9° édit; Paris 1924.
- PLANIOI ET RIPERT. — Voir TRASBOT.
- POUJOL. — *Traité des donations entre vifs et des testaments*; 2 vol. in-8°; tome II; Paris 1836.
- RODIÈRE ET PONT. — *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux relativement à leurs biens*; 3 vol. in-8°; 2° éd.; Paris 1868.
- TOULLIER. — *Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*; 14 vol. in-8°; tome V; Paris 1812.
- TRASBOT. — *Traité pratique de droit civil français*, par M. Planioi et G. Ripert, avec le concours de André Trasbot; 13 vol. in-8°; tome V; Paris 1933.
- TROPLONG. — *Droit civil expliqué. Des donations entre vifs et des testaments*; 4 vol. in-8; tome IV; Paris 1855.
- VAZEILLE. — *Des successions, donations et testaments*; 3 vol. in-8°; tome III; Clermont-Ferrand 1837.

RECUEILS

- DALLOZ. — *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*; tome XVI; *Dispositions entre vifs et testamentaires*; Paris 1856. Référencé : « Rép. Dalloz ».
- DALLOZ. — *Jurisprudence générale*; recueil périodique et critique. Référencé : « D. P. ».
- Dictionnaire du Notariat*. — 18 vol. in-8°; tome VII : v° « Institution contractuelle », 4° édit., Paris 1857; tome V : v° « Donations par contrat de mariage », 4° édit., Paris 1855; tome X : v° « Régime dotal », 4° édit., Paris 1858.
- FAVARD DE LANGLADE. — *Répertoire de la législation du notariat*; 1 vol. in-4°; Paris 1807.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*; tome XII.
- LOCRE. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, ou commentaire et complément des codes français; tome XI; Paris 1827.
- ROLLAND DE VILLARGUES. — *Répertoire de la jurisprudence du notariat*; 9 vol. in-8°; tome V : v° « Institution contractuelle », 2° éd.; Paris 1842; tome IV : v° « donation en faveur de mariage », 2° éd., Paris 1842.

- SIREY. — *Recueil général des lois et des arrêts*. Référencé : « S. ».
SIREY. — *Recueil général des lois et des arrêts*, revu et complété
par L.-M. Devilleneuve et A.-A. Carette; de 1791 à 1830; 10 vol.
Référencé : « S. chr. ».

THESES

- BARILLEAU. — *Des donations à cause de mort et de l'institution contractuelle*. Poitiers 1878.
BLONDET. — *De la donation de biens à venir faite par des tiers à de futurs époux*. Poitiers 1864.
CAUBET. — *De l'institution contractuelle ou donation de biens à venir*. Toulouse 1911.
FAURÉ. — *La donation cumulative de biens présents et à venir*. Toulouse 1903.
GUYÉNOT. — *La succession contractuelle. Du contrat comme mode de de transmission successorale*. Dijon 1906.
LA LANDE (DE). — *Des donations de biens à venir en droit français*. Paris 1881.
LE BRUN. — *De l'institution contractuelle (Dr. fr.)*. Caen 1889.
MAURY. — *Etude historique sur l'institution contractuelle*. Caen 1902.
MAUX. — *Contribution à l'étude des pactes sur succession future*. Toulouse 1930.
MORAND. — *De l'institution contractuelle (Dr. fr.)*. Toulouse 1868.
NAST (Marcel). — *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*. Paris 1905.
NAVIÈRES DU TREUIL. — *Etude historique et juridique sur la promesse d'égalité*. Paris 1907.
POTEL. — *De l'institution contractuelle d'après les principes du droit civil (Dr. fr.)*. Lille 1887.
SAVEROT. — *L'institution contractuelle*. Dijon 1885.
TALET. — *Des effets de l'institution contractuelle*. Bordeaux 1913.
THEURAULT. — *De l'institution contractuelle en droit français*. Paris 1874.
TIMBAL-LAGRAVE. — *De la donation de biens à venir ou de l'institution contractuelle*. Toulouse 1905.

Table des Matières

INTRODUCTION	7
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — Nature et définition.....	13
CHAPITRE II. — Conditions de forme.....	21
CHAPITRE III. — Objet de l'institution contractuelle.....	47
Biens particuliers	48
Sommes d'argent	52
Biens dotaux	57
Biens de communauté	69
Statut réel des biens	71
CHAPITRE IV. — Les personnes :	
Section I. — Bénéficiaires de l'institution.....	76
Section II. — Clause d'association.....	85
Section III. — Capacité de recevoir et de donner :	
a) Capacité de recevoir.....	89
b) Capacité de donner.....	91
c) Epoque à laquelle est requise la capacité.....	96
CHAPITRE V. — Sanction de la non-observation des conditions de forme et de fond.....	100

DEUXIEME PARTIE

Effets de l'institution contractuelle

GÉNÉRALITÉS	105
CHAPITRE VI. — Effets de l'institution contractuelle vis-à-vis du disposant, depuis le contrat de mariage jusqu'à sa mort :	
Section I. — Irrévocabilité.....	107
Section II. — Exceptions légales à l'irrévocabilité :	
Irrévocabilité de l'émolument.....	118
Irrévocabilité du titre.....	129

<i>Section III.</i> — Institution avec charges.....	134
<i>Section IV.</i> — Exceptions conventionnelles à l'irrévocabilité	140
<i>Section V.</i> — Possibilité des aliénations à titre onéreux..	148
CHAPITRE VII. — Effets de l'institution contractuelle vis-à-vis de l'institué pendant la vie de l'instituant.....	156
CHAPITRE VIII. — Effets de l'institution à la mort de l'instituant :	
<i>Section I.</i> — Faculté d'option de l'institué pour les biens de la succession.....	168
<i>Section II.</i> — Acquisition de la succession par l'institué. Saisine	185
<i>Section III.</i> — Contribution aux dettes.....	195
<i>Section IV.</i> — Vocation des enfants.....	197
<i>Section V.</i> — Caducité de l'institution.....	207
<i>Section VI.</i> — Différences entre l'institution contractuelle et la donation entre vifs proprement dite.....	213
<i>Section VII.</i> — Question de la transcription.....	220
CHAPITRE IX. — Donation cumulative de biens présents et à venir	226
CHAPITRE X. — Promesse d'égalité.....	240
CHAPITRE XI. — Conclusion.....	245
BIBLIOGRAPHIE	249

Vu le Doyen,
H. BERTHÉLÉMY

Vu le Président de la thèse,
Maurice PICARD

Vu et permis d'imprimer.
Le Recteur de l'Académie de Paris
CHARLÉTY

